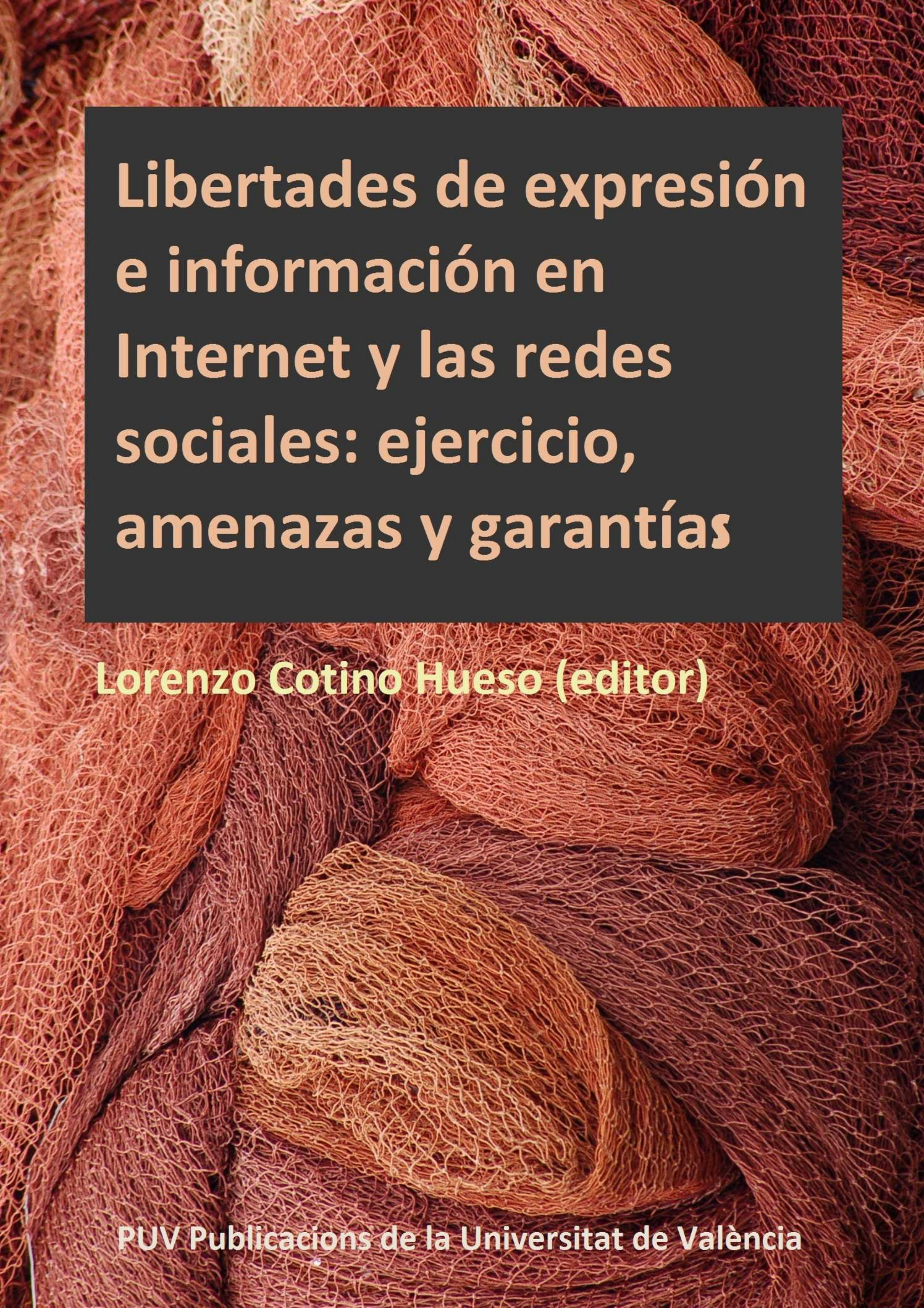


Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías

Lorenzo Cotino Hueso (editor)

PUV Publicacions de la Universitat de València

Fotografía de la portada, sin título, dispuesta en http://www.flickr.com/photos/torpe/2863146647/ bajo licencia Creative Commons (11.1.2011) Attribution 2.0 Generic (CC BY 2.0). Su autor es "Torpe", http://www.flickr.com/photos/torpe/

Publicación digital distribuida en formato PDF:
• Versión online:
http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010

• Acceso alternativo en
http://www.uv.es/cotino/elibertades2010.pdf

Acceso a la web del libro elecrónico en www.derechotics.com (congreso e-libertades 2010)

Cita bibliográfica:
• Del conjunto de la obra:
COTINO HUESO, Lorenzo (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011, Disponible en http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010

Servei de Publicacions de la Universitat de València
ISBN: 978-84-694-0081-4
Nº REGISTRO

El presente libro se realiza merced al apoyo del proyecto MICINN (2010-2012), Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites (DER2009-14519-C05-01, subprograma JURI (Lorenzo Cotino Hueso, investigador principal)

<u>Nota del coordinador sobre la calidad de la obra:</u>

Los trabajos que integran el presente estudio han sido sometidos a una revisión por parte del coordinador. Inicialmente, los autores fueron:

a) ponentes seleccionados por sus conocimientos en la materia y/o su participación en proyectos de investigación financiados y sometidos a evaluaciónes objetivas.

b) Autores de comunicaciones que fueron seleccionadas por un comité científico en razón de los temas y el texto presentado.

c) Autores no participantes en el Congreso, pero invitados especialmente a participar en la obra por su reconocido conocimiento y experiencia en la materia.

Todos los textos remitidos fueron analizados por el coordinador y los autores se sometieron a los comentarios, sugerencias y correcciones formulados, tras lo cual se ha procedido a la publicación final.

<u>Sumario:</u>

La obra concentra los trabajos de cuarenta autores, casi todos doctores en Derecho, así como reconocidos especialistas en Internet. Bajo el tema general de la libertad de expresión e información en la red, sus garantías y amenazas, se abordan análisis generales sobre las libertades informativas en internet; sobre el uso político y participativo de internet y las redes sociales. Activistas políticos y sociales de internet reflexionan sobre los límites del 2.0 en la actividad política. Se abordan también cuestiones jurídicas sobre la responsabilidad por los ilícitos y los prestadores de servicios, así como sobre propiedad intelectual de los contenidos en la red. Una y otra cuestión afectan directamente a la libertad en la red. También se ananaliza júridicamente la situación de derechos y Garantías de los ciudadanos ante la información en internet, con especial atención de la privacidad y de los derechos del público. Finalmente se estudia el fenómeno de las redes sociales desde la perspectiva de la privacidad y la protección del menor.

<u>Palabras clave:</u> libertad de expresión, libertad de información, medios de comunicación, internet, redes sociales, web 2.0, privacidad, intimidad, protección de datos personales, propiedad intelectual, prestadores de servicios, sociedad de la información, protección del menor, Derecho constitucional, censura.

Summary:

The book consists of the work of forty authors, almost all Phd in law and recognized experts on the Internet law. Under the general issue of freedom for speech in the Internet, the constitutional guarantees and threats to this freedom are analysed. It is also studied the political and participatory use of the Internet and the social networks. Besides, some important political and social ciberactivists reflect on internet 2.0 limits on political activity. The book also deals with legal issues concerning liability of the Internet Service Providers and questions about intellectual property. Both are object of study as elements that affect freedom of expression in the Internet. It is also considered the situation of some rights and guarantees of citizens on the Internet, with special attention to the privacy and rights of the public in relation with mass media. Finally, it is reviewed the social networks phenomenon from the perspective of privacy and child protection. It is the most important legal book on the matter in Spain.

Keywords: freedom for speech, mass media, Internet, social networks, web 2.0, privacy, data protection, intellectual property, Internet Service Providers, information society, child protection, constitutional law, censorship.

LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN INTERNET Y LAS REDES SOCIALES: EJERCICIO, AMENAZAS Y GARANTÍAS

Obra editada por:

Lorenzo Cotino Hueso

Profesor titular de Derecho constitucional
Universitat de València

Coordinador de la Red de especialistas en Derecho de las Tecnologías de la Información y Comunicación
www.derechotics.com

Valencia
Servei de Publicacions de la Universitat de València
2011

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

I. Presentación

Me es grato presentar esta obra, que considero que constituye un referente ineludible en la doctrina jurídica española sobre los ámbitos que aborda. Una cuarentena de contribuciones han sido agrupadas en grandes bloques:

1. Internet y las libertades informativas
2. El uso político y participativo de internet y las redes sociales.
3. Los límites del 2.0 a juicio de activistas de la políticica y social 2.0
4. Responsabilidad y propiedad intelectual de los contenidos en la red.
5. Derechos y Garantías de los ciudadanos ante la información en internet.
6. Privacidad y menores en las redes sociales.

El título del libro mismo “Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías” es el objeto de investigación de un amplio grupo de diecisiete miembros reconocidos que tengo la suerte de coordinar. Y afortunadamente esta monografía ha contado con muchas más contribuciones. Es más, la obra trasciende a este tema más concreto para abordar los usos políticos y participativos en la llamada web 2.0. Se trata de temas de innegable rabiosa actualidad y de más que necesitado estudio jurídico. Estoy orgulloso de poder reunir a los mayores expertos en España sobre la materia y coordinar esta obra que continúa esfuerzos anteriores en el marco de los proyectos de investigación que dirijo y la Red de especialistas en Derecho de las Tecnologías de la Información y Comunicación, www.derechotics.com[2].

---

[1] Así, me permito destacar: COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.) *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, Tirant lo Blanch, 2010; COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías* (Colección Sociedad de la Informaciónº 13), Comares, Granada, 2007; COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información, nº 9), Granada, 2006.

[2] Así, me permito destacar: COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.) *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los*

ISBN 978-84-694-0081-4

II. Índice general

(interactivo, pulse sobre el epígrafe al que desee acceder)

---

ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España, Tirant lo Blanch, 2010; COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías* (Colección Sociedad de la Informaciónº 13), Comares, Granada, 2007; COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información, nº 9), Granada, 2006.

ISBN 978-84-694-0081-4

III Contenido detallado

(interactivo, pulse sobre el epígrafe al que desee acceder)

ISBN 978-84-694-0081-4

ISBN 978-84-694-0081-4

ISBN 978-84-694-0081-4

ISBN 978-84-694-0081-4

ISBN 978-84-694-0081-4

IV. Tabla de autorías

- **El Congreso DerechoTICs de 2010**
- **Primero. Internet y las libertades informativas**

1. “Conceptos clásicos de libertades informativas: redefinición e incidencia de las TICs”, por Remedio Sánchez Ferriz.
2. “Tecnología, libertad y privacidad”, por Antoni Roig Batalla.
3. “El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, por Germán M. Teruel Lozano.
4. “La actual posición del Tribunal Supremo alemán ante la libertad de expresión en la red, el caso de la chuleta – spickmich.de”, por Thomas Klink.
5. “Políticas de la Federal Communications Commission en materia de neutralidad de la red”, por Luis Fernando Rodríguez García.

- **Segundo. El uso político y participativo de internet y las redes sociales.**

1. “La relación de los periodistas con los lectores. Gestión de la participación del público, sistemas de moderación y modelos de espacio público”, por Guillermo López.
2. “El papel del informador en la era de la ciberdemocracia parlamentaria. El ejemplo de los gabinetes de prensa de las asambleas españolas”, por Eva Campos.
3. “Web 2.0 y la participación ciudadana en la transparencia administrativa en la sociedad de la información”, por Agustí Cerrillo i Martínez.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

4. “Las redes sociales en las administraciones. ¿Periodo de pruebas?”, por Rafael Rubio Núñez.
5. “La red social como ejemplo de participación: casos y cuestiones”, por Francisca Ramón Fernández.
6. “Cargos públicos representativos en las redes sociales: ¿existe incidencia en la relación representativa?”, por Antonio Javier Trujillo Pérez.
7. “*Youtube*: las grabaciones entre diputados y el orden en la Cámara”, por Javier Guillem Carrau.

- **Tercero. Los límites del 2.0 a juicio de activistas de la políticica y social 2.0**

1. Manifiesto colectivo: a modo de introducción, por los autores de este capítulo tercero.
2. “No preguntes. No digas”, por Albert Medrán - albertmedran.com - @medri
3. “La espiral del silencio, los movimientos sociales y la web 2.0”, por Guillem López-Bonafont - proxim-it.blogspot.com - @glbonafont
4. “Las relaciones políticas online y el ruido en campaña”, por Xavier Peytibi - xavierpeytibi.com - @xpeytibi
5. “Las campañas son otro 2.0”, por Edgar Rovira - edgarrovira.com/blog - @erovira
6. “Administración 2.0, ¿tecnología o actitud?”, por Carlos Guadián - k-government.com - @carlosguadian
7. “Internet crea nuevos límites”, por Jorge Galindo - jorgegalindo.es/blog - @JorgeGalindo
8. “El límite del 2.0 en la acción y el activismo social y político”, por José Rodríguez - joserodriguez.info/bloc - @trinitro

ISBN 978-84-694-0081-4

9. "Redes paralelas: internet como agente de separación", por Roger Senserrich - lorem-ipsum.es/blogs/materiasgrises - @egocrata

- **Cuarto. Responsabilidad y propiedad intelectual de los contenidos en la red.**

1. "Sobre la necesidad de revisar el marco legal de exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación", por Miquel Peguera Poch.
2. "Responsabilidad civil por contenidos en la red: LSSICE y Ley de Prensa y responsabilidad civil por hecho ajeno", por Pedro Grimalt.
3. "La responsabilidad de los PSSI y la libertad de expresión. Jurisprudencia reciente", por Angela Rojas.
4. "La lucha de la Asociación de Internautas por la libertad de expresión en Internet, frente a la SGAE", por Ofelia Tejerina Rodríguez.
5. "La extensión de la libertad de expresión a los usuarios de la red y la amenaza de la Ley de Economía Sostenible", por Javier Maestre Rodríguez.
6. "La propiedad intelectual, ¿una amenaza para la neutralidad de la red?", por Rafael Soler Muñoz y Rodolfo Hernández Carrión..
7. "La quintesencia de la quinta libertad: libre utilización de las obras protegidas por la propiedad intelectual en educación e investigación", por Javier Plaza Penadés.

- **Quinto. Derechos y Garantías de los ciudadanos ante la información en internet.**

1. "Rectificación y réplica. Reflexiones sobre su proyección en la Web", por Manuel Fernández Salmerón.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

2. "Identidad y reputación digital. El derecho de rectificación en Internet y la LO 2/1984, de 26 de marzo", por María Concepción Torres Díaz.
3. "La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución", por Lorenzo Cotino Hueso.
4. "La protección de datos de carácter personal en los deberes de información y asistencia de la Administración tributaria tras la incorporación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación", por Irene Rovira Ferrer.

- **Sexto. Privacidad y menores en las redes sociales.**

1. "¿Una red donde todos somos menores de edad? En torno al sorprendente papel de las Administraciones públicas como tutores y garantes de algunos derechos fundamentales en nuestra actividad en Internet", por Andrés Boix Palop.
2. "Capacidad efectiva del ejercicio y tutela de los derechos LOPD en las redes sociales", por Ramón Miralles López.
3. "Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet", por Esperanza Gómez Corona.
4. "Intimidad y redes sociales ¿cómo alcanzar la tutela penal?", por Paz Lloria.
5. "La autorregulación europea de las redes sociales: análisis de las políticas de uso de la imagen de menores en España", por María de Miguel Molina y Juan Vicente Oltra Gutiérrez.
6. "La protección de los derechos de los menores ante las nuevas tecnologías. Internet y redes sociales", por Ana Aba Catoira.

ISBN 978-84-694-0081-4

V. Lista de autores

Inicialmente eran treinta autores de los veintinueve estudios, entre ellos hay veintidós doctores, veintidós profesores de Universidad, así como diversos abogados, jueces y profesionales del ámbito del Derecho y las TICs. Finalmente, se ha tenido la suerte de contar con la contribución de nueve reconocidos activistas políticos y sociales de la web 2.0, que se incorporan en el tercer captulo de la obra, así como un experto jurista. Así pues, esta obra suma cuarenta autores. Por orden de aparición de su contribución en esta obra, son los que siguen:

- Remedio Sánchez Ferriz, Catedrática de Derecho constitucional Universidad de Valencia.
- Antoni Roig Batalla, Profesor titular de Derecho constitucional, Instituto Dret i Tecnología IDT, Universidad Autónoma Barcelona.
- Germán M. Teruel Lozano, Licenciado en Derecho y Máster en Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia
- Thomas Klink, Dr. y Magistrado Corte contencioso-administrativo Stuttgart.
- Luis Fernando Rodríguez García, DEA e Investigador en Formación del Departamento de Derecho constitucional, UNED.
- Guillermo López, Profesor titular de Comunicación, Universidad de Valencia.
- Eva Campos, Profesora Ayudante Doctora, Acreditada, Universidad de Valladolid.
- Agusti Cerrillo i Martínez, Catedrático de Derecho Administrativo. Universitat Oberta de Catalunya.
- Rafael Rubio Núñez, dogcomunication, Profesor titular de Derecho constitucional Universidad Complutense.

ISBN 978-84-694-0081-4

- Francisca Ramón Fernández. Profesora titular Derecho civil, Universidad Politécnica de Valencia.
- Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor titular de Derecho constitucional, Universidad de Málaga.
- Javier Guillem Carrau, Letrado de las Cortes Valencianas. Dr. en Derecho.
- Miquel Peguera Poch, Profesor de Derecho Mercantil. Universitat Oberta de Catalunya.
- Pedro Grimalt, Profesor titular de Derecho civil de la Universitat de les Illes Balears.
- Ángela Patricia Rojas, Máster Derecho y TICs Universidad de Valencia.
- Ofelia Tejerina Rodríguez, Abogada -Secretaria General de la Asociación de Internautas.
- Javier Maestre Rodríguez, Bufete Almeida Abogados. Socio director de la oficina en Madrid.
- Soler Muñoz, Rafael, Doctorando Departamento de Economía Aplicada Universidad de Valencia.
- Hernández Carrión, J.Rodolfo, Profesor Titular Departamento de Economía Aplicada Universidad de Valencia.
- Javier Plaza Penadés, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia.
- Manuel Fernández Salmerón, Profesor titular de Derecho administrativo, Universidad de Murcia.
- María Concepción Torres Díaz, Abogada y Profesora Asociada de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante.
- Lorenzo Cotino Hueso, Profesor titular de Derecho constitucional. Coordinador de la Red Derechotics.
- Andrés Boix Palop, Profesor titular de Derecho administrativo, Universitat de València.

ISBN 978-84-694-0081-4

- Irene Rovira Ferrer, Profesora de Derecho Financiero y Tributario de la Universitat Oberta de Catalunya.
- Ramón Miralles López, Coordinador de Auditoria y Seguridad de la Información de la Agencia Catalana de Protección de Datos.
- Esperanza Gómez Corona, Profesora contratada doctora de Derecho constitucional de la Universidad de Sevilla
- Paz Lloria, Profesora titular de Derecho penal, Universidad de Valencia.
- María de Miguel Molina, Profesora titular, Universidad Politécnica de Valencia
- Juan Vicente Oltra Gutiérrez, Profesor Titular de Escuela Universitaria, Universidad Politécnica de Valencia.
- Ana Aba Catoira, Profesora titular de Derecho constitucional, Universidad de A Coruña.

ISBN 978-84-694-0081-4

VI. Congreso Derechotics "Libertades informativas en internet: ejercicio, amenazas y garantías", Valencia 14-15 octubre 2010

1. Galería de imágenes



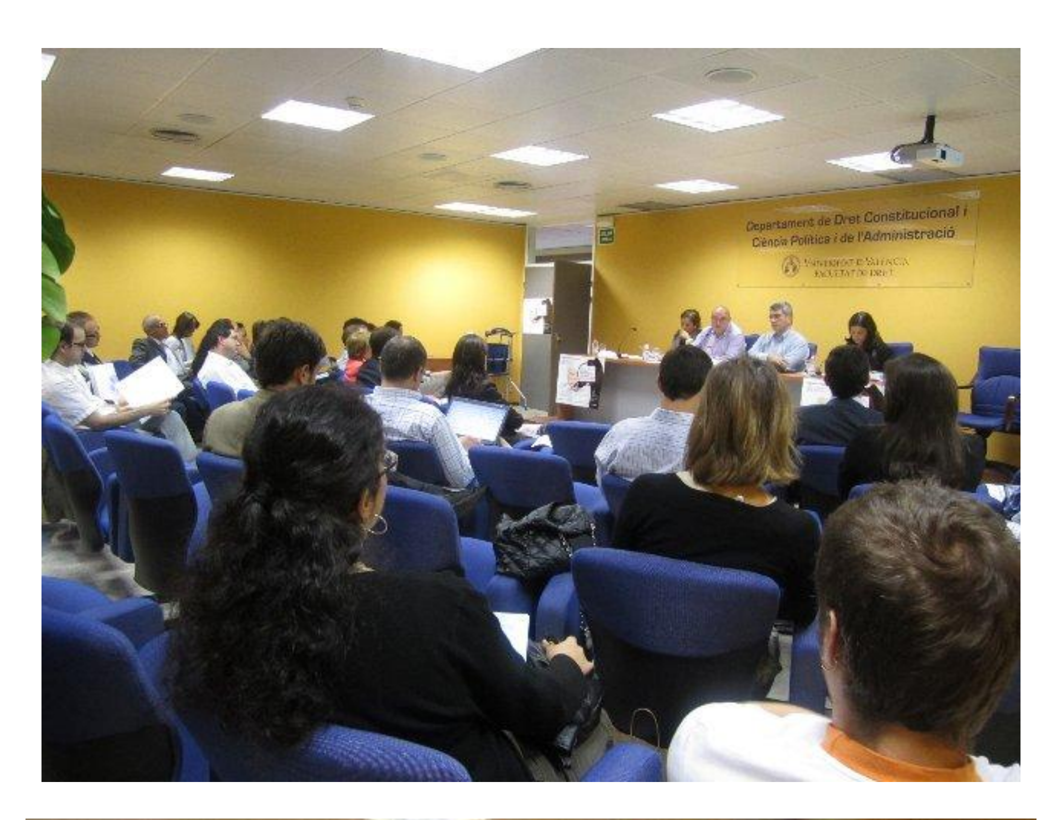


ISBN 978-84-694-0081-4





ISBN 978-84-694-0081-4





ISBN 978-84-694-0081-4

2. Programa del Congreso

Lugar: Facultad de Derecho, 1er Piso, 1P20. Sala Joaquín Tomás Villarroya, Departamento de Derecho constitucional

JUEVES 14

10 h. Inauguración del Congreso. Decano de la Facultad. Mesa 1. Generalización de las libertades informativas a todos los usuarios de la red y sus consecuencias

1. "Conceptos clásicos de libertades informativas: redefinición e incidencia de las TICs", por Remedio Sánchez Ferriz, Catedrática de Derecho constitucional U. de Valencia.
2. "Actual posición del Tribunal Supremo alemán ante la libertad de expresión en la red", por Thomas Klink, Dr. y Magistrado Audiencia Provincial de Stuttgart.
3. "La red social como ejemplo de participación: casos y cuestiones", por Francisca Ramón Fernández. Profesora Contratada Doctora Derecho civil, U. Politécnica de Valencia.
4. "Cargos públicos representativos en las redes sociales: ¿existe incidencia en la relación representativa?", por Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor titular de Derecho constitucional, U. de Málaga.
5. "El papel del informador en la era de la ciberdemocracia parlamentaria. Pautas para la cobertura informativa de los hechos noticiables en el Parlamento 2.0", por Eva Campos, Profesora Ayudante Doctor, Acreditada, U. de Valladolid.
6. "¿Cómo puede mejorar el derecho el uso de la web 2.0 en la difusión de información del sector público?", por Agusti Cerrillo i Martínez, Profesor agregado de Derecho Administrativo. U. Oberta de Catalunya.
7. "Las redes sociales en las administraciones autonómicas y municipales. ¿Periodo de pruebas?", por Rafael Rubio Núñez, dogcomunication, Profesor titular de Derecho constitucional U. Complutense.

12.30 h - 14 h Debate de expertos sobre los temas de la Mesa 1

16 h - 18 h. Mesa 2: Jueves 14. Control y responsabilidad en la red

1. "La extensión de la libertad de expresión a los usuarios de la red y la amenaza de la Ley de Economía Sostenible", por Javier Maestre Rodríguez, Bufete Almeida Abogados. Socio director de la oficina en Madrid.
2. "Una red donde todos somos menores de edad: sobre el ejercicio y tutela de derechos fundamentales a cargo de la Administración", por Andrés Boix Palop, Profesor titular de Derecho administrativo, U. de València.
3. "Garantías frente al creciente control privado y público de contenidos en la red: prohibición de censura previa y secuestro judicial en internet", por Manuel Fernández Salmerón, Profesor titular de Derecho constitucional, U. de Murcia.
4. "La relación de los periodistas con los lectores. Gestión de la participación del público, sistemas de moderación y modelos de espacio público ", por Guillermo López, Profesor titular de Comunicación, U. de València.
5. "Revisión del marco legal de exención de responsabilidad de los proveedores de servicios por los contenidos que los usuarios suben a la red", por Miquel Peguera Poch, Profesor de Derecho Mercantil. U. Oberta de Catalunya.
6. "Responsabilidad civil por contenidos en la red: LSSICE y Ley de Prensa y responsabilidad por hecho ajeno", por Pedro Grimalt, Profesor titular de Derecho civil de la U. de les Illes Balears.
7. "La autorregulación europea de las redes sociales: análisis de las políticas de uso de la imagen de menores en España", por María de Miguel Molina, Profesora Contratada

Doctora y Juan Vicente Oltra Gutiérrez, Profesor Titular de Escuela Universitaria, U. Politécnica de Valencia.

18.30 h - 20 h. Debate de expertos sobre los temas de la Mesa 1

VIERNES 15

10 h - 12 h. Mesa 3: Viernes 15, mañana. Privacidad y la propiedad intelectual frente a la libertad de expresión e información en la red

1. "Privacidad y propiedad intelectual como derechos y bienes constitucionales en conflicto con las libertades informativas y el papel del legislador", por Lorenzo Cotino Hueso, Profesor titular de Derecho constitucional. Coordinador de Derechotics.
2. "Libre circulación del conocimiento y la innovación en redes de comunicación (la quintaesencia de la quinta libertad de la UE)", por Javier Plaza Penadés, Catedrático de Derecho civil de la U. de Valencia.
3. "La lucha por la libertad de expresión de la Asociación de Internautas en los tribunales ante la SGAE", por Ofelia Tejerina Rodríguez, Abogada -Secretaria General de la Asociación de Internautas.
4. "Herramientas y tecnologías para conciliar la privacidad y la libertad en la red", por Antoni Roig Batalla, Profesor titular de Derecho constitucional, Instituto Dret i Tecnología IDT, U. Autónoma Barcelona.
5. "Capacidad de tutela efectiva de los derechos LOPD en las redes sociales", por Ramón Miralles López, Coordinador de Auditoria y Seguridad de la Información de la Agencia Catalana de Protección de Datos.
6. "Intimidad y redes sociales ¿cómo alcanzar la tutela penal?", por Paz Lloria, Profesora titular de Derecho penal, U. de València.
7. "Garantías de la privacidad en las redes sociales", por Ana Aba Catoira, Profesora titular de Derecho constitucional, U. de A Coruña.

12.30 h - 14 h Debate de expertos sobre los temas de la Mesa 1. Clausura de la Jornada por la Directora del Departamento de Derecho constitucional

14 h Clausura de la Jornada por la Directora del Departamento de Derecho constitucional

3. Comunicaciones presentadas

El congreso recibió siete comunicaciones que fueron admitidas por el Comité científico. Cinco de ellas fueron defendidas presencialmente por sus autores. Las comunicaciones, cuyo texto se ha incorporado al presente libro son las que siguen:

1. "El Legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, por Germán M. Teruel Lozano, Licenciado en Derecho y Máster en Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia

2. "Políticas de la Federal Communications Commission en materia de neutralidad de la red", por Luis Fernando Rodríguez García, DEA

e Investigador en Formación del Departamento de Derecho constitucional UNED.

3. “La Propiedad Intelectual, ¿una amenaza para la neutralidad de la red?”, por Soler Muñoz, R. (Doctorando Departamento de Economía Aplicada Universidad de Valencia) y Hernández Carrión, J.R. (Profesor Titular Departamento de Economía Aplicada Universidad de Valencia).

4. “Identidad y reputación digital. El derecho de rectificación en Internet y la LO 2/1984, de 26 de marzo”, por María Concepción Torres Díaz, Abogada y Profesora Asociada de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante.

5. “Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet”, por Esperanza Gómez Corona, Profesora contratada doctora de Derecho constitucional de la Universidad de Sevilla

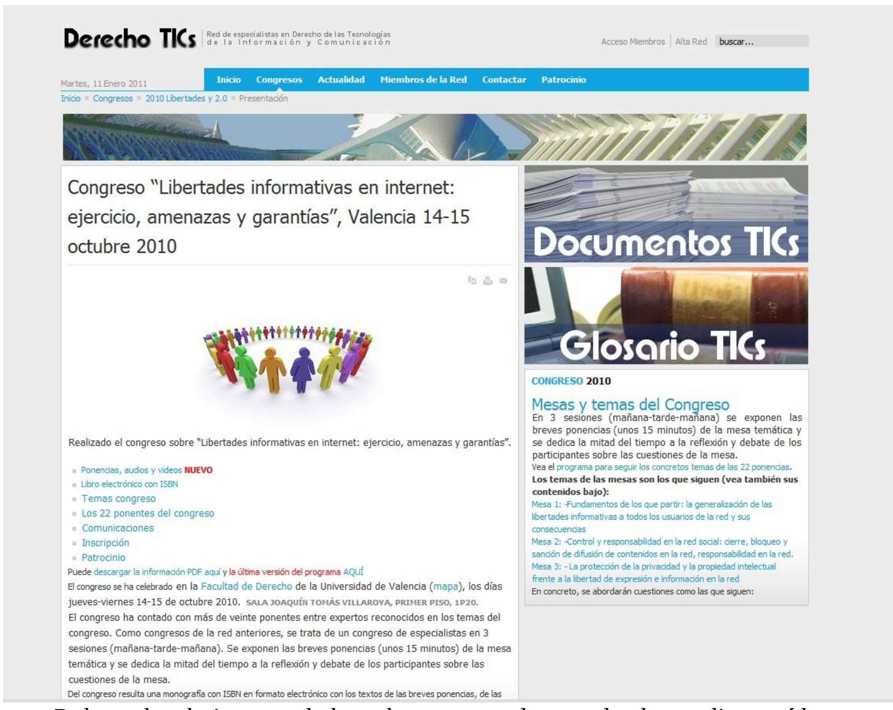
6. “La protección de datos de carácter personal en los deberes de información y asistencia de la Administración tributaria tras la incorporación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación”, por Irene Rovira Ferrer, Profesora de Derecho Financiero y Tributario de la Universitat Oberta de Catalunya.

7. “La responsabilidad de los PSSI y la libertad de expresión. Jurisprudencia reciente”, por Ángela Patricia Rojas, Máster Derecho y TICs Universidad de Valencia.

4. Audios y vídeos del Congreso

Todas las sesiones del congreso, incluidos los amplios debates de las tres mesas fueron grabados en audio y vídeo. Tales audios y vídeos son fácilmente accesibles y descargables en la red. Acceda aquí o corte la siguiente *url*: http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/audios-y-videos-de-las-ponencias-del-congreso-y-los-debates-de-las-mesas





Pulse sobre la imagen de la web para acceder a todos los audios y vídeos.

ISBN 978-84-694-0081-4

La calidad del sonido es mejor en los audios. Puede **reproducir o bien descargar los archivos de audio o vídeo** en su ordenador. Para **descargar**, en los audios o vídeos que llevan al servidor "mmedia.uv.es" de la Universitat, tiene disponible un icono para "descargar". Con el botón derecho de su ratón "guardar enlace como" podrá descargarse los audios o vídeos correspondientes.

Asimismo puede descargar los audios "[descarga]" en esta página también mediante el botón derecho de su ratón "guardar enlace como" . La calidad del sonido en los debates de las mesas es mejorable.

Inauguración del Congreso. Decano de la Facultad. vídeo/ vídeo

Mesa 1. Generalización de las libertades informativas a todos los usuarios de la red y sus consecuencias

[audio] [descarga]	[video] [video]	"Conceptos clásicos de libertades informativas: redefinición e incidencia de las TICs", por Remedio Sánchez Ferriz, Catedrática de Derecho constitucional U. de Valencia.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"Actual posición del Tribunal Supremo alemán ante la libertad de expresión en la red", por Thomas Klink, Dr. y Magistrado Audiencia Provincial de Stuttgart.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"La red social como ejemplo de participación: casos y cuestiones", por Francisca Ramón Fernández. Profesora Contratada Doctora Derecho civil, U. Politécnica de Valencia.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"Cargos públicos representativos en las redes sociales: ¿existe incidencia en la relación representativa?", por Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor titular de Derecho constitucional, U. de Málaga.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"El papel del informador en la era de la ciberdemocracia parlamentaria. Pautas para la cobertura informativa de los hechos noticiables en el Parlamento 2.0", por Eva Campos, Profesora Ayudante Doctor, Acreditada, U. de Valladolid.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"¿Cómo puede mejorar el derecho el uso de la web 2.0 en la difusión de información del sector público?", por Agusti Cerrillo i Martínez, Profesor agregado de Derecho Administrativo. U. Oberta de Catalunya.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"Las redes sociales en las administraciones autonómicas y municipales. ¿Periodo de pruebas?", por Rafael Rubio Núñez, dogcomunication, Profesor titular de Derecho constitucional U. Complutense.

Debate de expertos sobre los temas de la Mesa 1 [audio] / [descarga aud.] **–** [video]

ISBN 978-84-694-0081-4

Mesa 2. Control y responsabilidad en la red

[audio] [descarga]	[video] [video]	"La extensión de la libertad de expresión a los usuarios de la red y la amenaza de la Ley de Economía Sostenible", por Javier Maestre Rodríguez, Bufete Almeida Abogados. Socio director de la oficina en Madrid.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"Una red donde todos somos menores de edad: sobre el ejercicio y tutela de derechos fundamentales a cargo de la Administración", por Andrés Boix Palop, Profesor titular de Derecho administrativo, U. de València.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"Garantías frente al creciente control privado y público de contenidos en la red: prohibición de censura previa y secuestro judicial en internet", por Manuel Fernández Salmerón, Profesor titular de Derecho constitucional, U. de Murcia.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"La relación de los periodistas con los lectores. Gestión de la participación del público, sistemas de moderación y modelos de espacio público ", por Guillermo López, Profesor titular de Comunicación, U. de València.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"Revisión del marco legal de exención de responsabilidad de los proveedores de servicios por los contenidos que los usuarios suben a la red", por Miquel Peguera Poch, Profesor de Derecho Mercantil. U. Oberta de Catalunya.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"Responsabilidad civil por contenidos en la red: LSSICE y Ley de Prensa y responsabilidad por hecho ajeno", por Pedro Grimalt, Profesor titular de Derecho civil de la U. de les Illes Balears.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"La autorregulación europea de las redes sociales: análisis de las políticas de uso de la imagen de menores en España", por María de Miguel Molina, Profesora Contratada Doctora y Juan Vicente Oltra Gutiérrez, Profesor Titular de Escuela Universitaria, U. Politécnica de Valencia.

Debate de expertos sobre los temas de la Mesa 2 [audio] / [descarga aud.] – [vídeo]

ISBN 978-84-694-0081-4

Mesa 3: Privacidad y la propiedad intelectual frente a la libertad de expresión e información en la red

[audio] [descarga]	[video] [video]	"Privacidad y propiedad intelectual como derechos y bienes constitucionales en conflicto con las libertades informativas y el papel del legislador", por Lorenzo Cotino Hueso, Profesor titular de Derecho constitucional. Coordinador de Derechotics.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"Libre circulación del conocimiento y la innovación en redes de comunicación (la quintaesencia de la quinta libertad de la UE)", por Javier Plaza Penadés, Catedrático de Derecho civil de la U. de Valencia.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"La lucha por la libertad de expresión de la Asociación de Internautas en los tribunales ante la SGAE", por Ofelia Tejerina Rodríguez, Abogada -Secretaria General de la Asociación de Internautas.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"Herramientas y tecnologías para conciliar la privacidad y la libertad en la red", por Antoni Roig Batalla, Profesor titular de Derecho constitucional, Instituto Dret i Tecnología IDT, U. Autónoma Barcelona.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"Capacidad de tutela efectiva de los derechos LOPD en las redes sociales", por Ramón Miralles López, Coordinador de Auditoria y Seguridad de la Información de la Agencia Catalana de Protección de Datos.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"Intimidad y redes sociales ¿cómo alcanzar la tutela penal?", por Paz Lloria, Profesora titular de Derecho penal, U. de València.
[audio] [descarga]	[video] [video]	"Garantías de la privacidad en las redes sociales", por Ana Aba Catoira, Profesora titular de Derecho constitucional, U. de A Coruña.

Debate de expertos sobre los temas de la Mesa 3 [audio] / [descarga aud.] – [vídeo]

ISBN 978-84-694-0081-4

PRIMERO. INTERNET Y LIBERTADES INFORMATIVAS

ISBN 978-84-694-0081-4

En este primer grupo, se incluyen cinco estudios, a saber:

1. "Conceptos clásicos de libertades informativas: redefinición e incidencia de las TICs", por Remedio Sánchez Ferriz.
2. "Tecnología, libertad y privacidad", por Antoni Roig Batalla.
3. "El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible", por Germán M. Teruel Lozano.
4. "La actual posición del Tribunal Supremo alemán ante la libertad de expresión en la red, el caso de la chuleta – spickmich.de", por Thomas Klink.
5. "Políticas de la Federal Communications Commission en materia de neutralidad de la red", por Luis Fernando Rodríguez García.

I. Conceptos clásicos de libertades informativas: redefinición e incidencia de las TICs

Remedio Sánchez Ferriz[3]

Catedrática de Derecho constitucional Universidad de Valencia

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado “Audios y vídeos del Congreso”.

Resumen:

El estudio parte de la idea de que “conviene volver a los principios” y se asienta a partir de autores clásicos que la expresión es libre porque es connatural con el ser humano, de ahí que sea tan sumamente incómoda a los poderes públicos que imponen permanentes cortapisas. Así se sigue la gubernamentalización de los medios audiovisuales y, con la aparición de la Red se afirma la posibilidad de volver a los principios, como modo de extraer de las nuevas técnicas las garantías para el orden jurídico democrático que otras técnicas precedentes no nos han podido proporcionar. Se reflexiona en este sentido en la idea de comunicación sin fronteras como alma de un orden común que sobrepasa la idea de los propios Estados y naciones; el “Ius communicationis” de Francisco de Vitoria. Se apuesta así por la red como un “agora” hasta ahora inimaginable que exige responsabilidad.

Palabras clave: *Internet, ius communicationis, libertades informativas, libertad de expresión.*

---

[3] Este trabajo es uno de los resultados del Proyecto I+D+I del MICNIN, “Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites”, (DER2009-14519-C05-01/JURI), cuyo investigador principal es Lorenzo Cotino Hueso.

1. A modo de introducción

Ante todo mi *sincera gratitud* a Lorenzo Cotino, no solo por contar conmigo en algo que tan difícil me resulta, sino por mantenerme siempre en el acicate de tener que superar las dificultades que para mi generación, en términos generales y con honrosas excepciones, representan las nuevas tecnologías. Pero también he de hacer una *advertencia previa*: desde que Lorenzo convocó el Congreso, yo comuniqué mi propósito de reflexionar sobre el art. 20.1,b) de la Constitución y así lo he ido haciendo aunque con resultados aún incipientes pero que me van convenciendo de la primera impresión que sobre el tema tenia y al que me referiré después en unos minutos.

Observando, sin embargo, el tema mucho más general que me asigna en el programa y que, por lo demás, parece más apropiado para una primera intervención de apertura, me avengo gustosa a esta breve reflexión que, a modo de lección introductoria, me propone; sin perjuicio de que algo diré también de esta especial libertad aludida que se tratará por otros ponentes en la tercera sesión.

Hablar de "conceptos clásicos" de las libertades informativas tal vez resulte algo pretencioso (aunque nadie ignora que la convicción sobre su papel en la comunidad política hunde sus raíces en la antigüedad clásica como en Antígona o en las meditaciones de Marco Aurelio podemos comprobar); pero sin duda alguna tiene la virtualidad de recordarnos que en un ámbito "sin límites", como es la inabarcable Red, no resulta baladí la búsqueda de conceptos, ideas y categorías jurídicas que, a modo de denominador común entre quienes nos preocupamos por estos temas, nos sirvan de "lenguaje común". Tanto más si, como en el presente caso ocurre, todos los conceptos más básicos han sido el resultado de una larga lucha por la libertad que recorre toda la historia del ser humano. Guillermo Escobar lo ha dicho en forma clara: al llegar a nuestro loable nivel de desarrollo jurídico si nos sobreviene la incertidumbre "conviene volver a los principios"[4].

---

[4] ESCOBAR ROCA, G. Reflexiones en torno a los principios de la comunicación pública en el ciberespacio, en COTINO HUESO (Coord.) Libertad en Internet. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007. La idea puede encontrarse desarrollada en un sentido más amplio (y si cabe profundo por cuanto no se limita a los principios constitucionales del ordenamiento español) en "El valor permanente de lo clásico en las ciencias de la comunicación", en DESANTES GUANTER, J. M. Derecho a la información. Materiales para un sistema de la comunicación. Valencia, COSO, 2004, pags. 51 y ss.

ISBN 978-84-694-0081-4

Todo lo cual nos exige partir de alguna precisión sobre lo que entendemos por libertades informativas para después poder ya establecer lo que la red ha comportado para el ejercicio de las mismas. Es obvio que, con este planteamiento, yo debería recordar aquí los conceptos que doctrinal y jurisprudencialmente se han ido asentando en torno al tratamiento jurídico de las libertades informativas (veracidad, relevancia pública o privada de sujetos y/o circunstancias, contextos, etc.).

2. La expresión es libre porque es connatural con el ser humano. Ejemplos clásicos

Por ello he optado por recordar aquí y ahora sólo algún "clásico" pasaje en el que se pone de relieve la extraordinaria función de las libertades informativas en todo Estado que se precie de democrático:

Recordemos de entrada *algo obvio pero tan sumamente incómodo* a los poderes públicos: la expresión es libre porque es connatural con el ser humano; por más que se haya tratado de desfigurar y de adecuar a los intereses imperantes en cada momento, la idea es bien clara en cuantas culturas han sido florecientes. Algún ejemplo:

Ya Sófocles puso en la imagen de Antígona la idea de rebelión ante la decisión tiránica, ciega al sentir del pueblo. Cuando, tras larga discusión de Hemon (tratando de defender a Antígona que desobedece la decisión de Creonte de no dar sepultura a sus propios muertos) con su padre Creonte en la que le pone de relieve el sentir de su pueblo, viendo que éste se empeña en desconocerlo imponiendo por encima de todo su decisión, el hijo le espeta: "Tú has nacido, padre, para gobernar tú solo una ciudad de muertos".

Desantes nos recuerda cómo Milton hizo en su Areopagítica la primera defensa de la libertad de expresión públicamente expuesta en plena Ilustración; pues bien, en el prefacio a su discurso ante el Parlamento inglés, avala su valiente posición con dos versos griegos de "Las suplicantes", comedia de Eurípides: "Esta es la verdadera libertad, cuando los hombres que han nacido libres, queriendo dirigirse al pueblo, pueden hablar *libremente*". Tal efecto surtió en el auditorio que en el mismo momento (1795) dejó de renovarse el Estatuto de censura (de 1743) hasta entonces vigente.

Marco Aurelio nos aporta también entre sus meditaciones, tan influidas por la Estoa (e indirectamente también por Sócrates), su convicción sobre la

ISBN 978-84-694-0081-4

libertad tan inherente al hombre como su propia naturaleza sociable, inmanente asi mismo según la definición del hombre (animal político): "Mientras que los demás seres son mantenidos en unión por diversas fuerzas, la Inteligencia *(dianoia),* por un privilegio singular, tiende a establecer vínculos entre los hombres y a *satisfacer así la necesidad de comunicación*, más allá de todos los obstáculos…" *(Soliloquios,* X, 30). La influencia socrática es obvia: "Mientras que todas las cosas en el universo, desde las inferiores a las superiores, siguen espontáneamente el impulso que las lleva a buscar a sus semejantes y a fundirse con ellos, el hombre es el único ser que, olvidando su condición razonable y social, puede marginarse de la sociedad y aislarse, rompiendo los lazos que le unen a los demás hombres. Pero es un intento vano, puesto que la naturaleza «es siempre la más fuerte» (*Soliloquios,* IX, 9)[5].

Stuart Mill[6] argumentó contra todo dogmatismo y su obra es un fenomenal alegato en defensa del pluralismo político fundamentando la importancia de la libertad de expresión en razones diversas: Así, en primer lugar, "si se acalla una opinión puede que sea cierta, si negaramos que pueda ser cierta estaríamos afirmando nuestra propia infalibilidad…". En segundo lugar, aunque una opinión sea errónea podría contener una porción de verdad: "…es muy raro que la opinión general o mayoritaria comprenda toda la verdad, es posible que una opinión minoritaria tenga algo de verdad…". Tercera: si la opinión que se acepta no solo es cierta sino que contiene toda la verdad, si no se permite que sea atacada vigorosamente aunque contenga toda la verdad, la mayoría de los que la reciben lo harán como un prejuicio, sin comprender o sentir su fundamento racional. Y por último, si se acepta como un dogma se convertirá en una forma incapaz de cualquier bien, que estorbara e impedirá el desarrollo de cualquier convicción verdadera. En definitiva,

"Nunca podemos estar seguros de que la opinión que tratamos de ahogar sea falsa, y si lo estuviéramos, el ahogarla sería también un mal… *Negarse a oír una opinión, porque se está seguro de que es falsa, equivale a afirmar que la verdad que se posee es la verdad absoluta. Toda negativa a una discusión implica una presunción de infalibilidad*".

[5] Cfr. DAZA MARTINEZ, J. Ideología y Política en el Emperador Marco Aurelio. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/4493/1/Lucentum_03_13.pdf

[6] MILL, S., Sobre la libertad

ISBN 978-84-694-0081-4

La enumeración seria inacabable si buscamos en la idea originaria de la expresión libre como natural manifestación de la sociabilidad humana. Basten los ejemplos recordados. Como bastará una general alusión a las permanentes cortapisas con que el poder ha interpretado o simplemente ignorado tal naturaleza sociable del hombre[7].

3. ¿En qué medida la técnica ha contribuido a la recuperación de la información como alma de la sociedad política?

La cuestión, llegados a este punto es en qué medida *la técnica ha contribuido* al mantenimiento (mejor, a la recuperación) del *sentido originario de la información como alma de la sociedad política*. Es de sobra conocido que la técnica ha permitido el desarrollo político y económico en los últimos siglos y que, en el mundo de la comunicación, la invención de la imprenta marcó el inicio de una imparable evolución en que a los medios escénicos clásicos se han ido sumando más y más técnicas que han acabado superponiéndose en la multiplicidad de soportes con que hoy podemos transmitir la opinión, la noticia y la más directa crítica política. Sin embargo, *no siempre las técnicas han alumbrado mayor libertad aunque sí han proporcionado a los poderes mayores medios de control*. No en vano Xifra titulaba uno de sus libros “La libertad de prensa, una libertad frustrada”[8]. *Y hoy mismo*; si nos atenemos a la *gubernamentalización* de los medios audiovisuales, cualquiera que sea su ámbito, estatal o autonómico, no parece que la proliferación de medios de todo tipo, ni las reiteradas quejas de grupos minoritarios, desaliente a los partidos (protagonistas de nuestra actual *partitocrazia*) en su permanente manipulación de la libertad de expresión y de información.

---

[77] Muy ilustrativa de la doble perspectiva apuntada resulta la lectura, entre tantos, de un autor nada sospechoso de radicalismo, CONSTANT, B. “La liberté de la presse” (pag. 1178 y ss.) o “De la liberté des brochures, des pamphlets et des journaux consideré sous le rapport de l’intéret du Gouvernement” (pags. 1220 y ss.), en OEUVRES. Editions Gallinard, 1957.

[8] La idea es muy repetida. Recientemente, SINOVA, J. da este título a su libro de 2006: La Prensa en la Segunda República Española. Historia de una Libertad frustrada. Otro ejemplo “clásico” nos permitiría recordar cómo *en los años más revolucionarios* del primer Liberalismo la opinión pública acabó siendo un concepto elitista y cómo, incluso, la idea de pueblo, a través de “técnicas” lingüísticas y ficciones jurídicas, acabó reconduciéndose a la de nación (burguesa).

ISBN 978-84-694-0081-4

Es justamente la *aparición de la Red*, su perfeccionamiento y consolidación como medio al tiempo gigantesco[9] e incontrolable, lo que parece que, por vez primera, permitiría *recuperar aquella idea clásica de libertad ajena a todo límite*, a riesgo de que el sistema político pierda sus connotaciones democráticas o, mejor, de justicia e igualdad. En definitiva, volver a los principios como proponía Escobar, es hallar el modo de *extraer de las nuevas técnicas las garantías* para el orden jurídico democrático que otras *técnicas precedentes no nos han podido proporcionar*.

4. El clásico "ius communicationis" y la comunicación sin fronteras

Y, desde esta reflexión sobre *todo el ancho espacio que nos proporciona la red en la actualidad* (en la que sin duda os explayareis en sus poliédricas perspectivas) me resulta inevitable otra referencia clásica a *la idea de comunicación sin fronteras* como alma de un ordo común que sobrepasa la idea de los propios Estados y naciones. Me refiero a la formulación del *Ius communicationis* tal como ya fuera formulado por Francisco de Vitoria[10] sobre el que con insistencia ha profundizado Desantes[11]. Pues, ciertamente, sus expresiones son tajantes pero, además, entroncan con las formulaciones aristotélicas: *"Todos somos llevados por naturaleza a la comunicación, como Aristóteles observa"*. El hombre que rechazara la comunicación "dejaría de ser hombre"…. *El entendimiento se*

---

[9] Prefiero este término al tan manoseado "global".

[10] Hoy nuestros escolares suelen creer que la modernidad nace con Descartes (1596-1650), porque formuló un principio autónomo e independiente de toda teología, en una fórmula que se ha hecho muy popular: «*Cogito ergo sum*» y, por eso mismo, suelen ignorar que el primer principio autónomo moderno con carácter universal lo formuló Francisco de Vitoria (1492-1546) según el requisito del «*ius communicationis*», que viene a significar: todos los hombres tenemos el derecho de sociedad y de comunicación natural. Vitoria no podía partir de un ser humano ensimismado en su pensamiento, como Descartes, sino de múltiples seres humanos envueltos por la sociedad, que necesita de los derechos de participación y comunicación para conquistar la dignidad humana. Cfr. PEREZ HERRANZ, F., en http://www.nodulo.org/ec/2003/n012p08.htm

[11] DESANTES GUANTER, J. M. Los mensajes simples en el "ius communicationis" de Francisco de Vitoria, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, *Nº. 20, 1989* , pags. 191-209 ; del mismo autor, La opinión en el "ius communicationis" de Francisco de Vitoria. http://books.google.es/books?id=8-B-4piy-n4C&pg=PA27&lpg=PA27&dq=Ius+communicationis&source=bl&ots=Z0mrMVMM-Q&sig=9Pc2qN0Y5ajjsosppr1uTxxe9Ww&hl=es&ei=sLq0TMXtEYTl4gaV8dmgDQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CCsQ6AEwBQ#v=onepage&q=Ius%20communicationis&f=false

ISBN 978-84-694-0081-4

nutre de un alimento que el hombre recibe -y da- en forma de mensajes. Ha dicho, en un texto ya citado, que el hombre es el único ser dotado de palabra, que es el vehículo del mensaje, por el que el mensaje llega al entendimiento: "la palabra es anuncio del entendimiento y para eso fue dada, como dice Aristóteles, con la cual se eleva al hombre sobre los animales”[12].

Pero del ejercicio del don de la palabra no sólo se nutre el entendimiento, sino *también la voluntad del hombre*. Y aquí surge enseguida la *proximidad de la comunicación y de la justicia*, que se mantendrá a través de las referencias directas o indirectas a los mensajes. "A su vez la voluntad, cuyos ornamentos son la justicia y la amistad, quedaría del todo deforme y defectuosa, alejada del consorcio humano; la justicia, en efecto, no puede ser ejercitada sino en la coexistencia humana, y la amistad, sin la cual no disfrutamos del agua, ni del fuego, ni del sol, como Cicerón dice en muchos lugares, y sin la cual, como Aristóteles enseña, no hay ninguna virtud, perece totalmente sin la comunicación".

Pero tal vez lo más decisivo para entroncar con las primeras referencias es subrayar como hace Desantes la íntima conexión entre comunicación y sociedad puesto que Vitoria formula el derecho como ius societatis et communicationis y ello no es un doble derecho sino uno solo pues sociedad y comunicación se imbrican para ser una misma realidad[13].

5. Para concluir. La red como un “agora” hasta ahora inimaginable que exige responsabilidad

Y acabaría ya por mi parte estas pinceladas algo desordenadas sobre los clásicos preguntándome ¿tan amplia concepción de las libertades informativas, de la comunicación en suma, *ha tenido antes de ahora posibilidad real de escapar a tantas restricciones* impuestas por los intereses y por los poderes que pudieran mediatizarlas?

Desde luego que no. Solo con el desarrollo de la red podemos retomarlas y, esta vez sí, hacerlas realidad. Pues el ejercicio habitual y

[12] *Ibidem*.

[13] DESANTES GUANTER, J. M. El derecho a la información en cuanto valor constitucional. Universidad de Piura, 1992, pag. 23. Desde un enfoque o punto de partida ideológicamente muy distinto, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., desarrolló la idea en su propia tesis doctoral.

ISBN 978-84-694-0081-4

cotidiano de las libertades informativas en la red convierte a ésta en una excepcional *agora* de intercambio de opiniones y de formación y expresión del sentir social como hasta ahora no había podido ni imaginarse.

Ahora bien, como he iniciado esta breve intervención con una advertencia, deseo terminarla con una seria llamada de atención a la responsabilidad que es tal vez la cuestión más compleja de las que hoy ha de resolver el ordenamiento en el campo que ahora nos ocupa. Pues establecer un régimen jurídico para los profesionales de la información (como bien sabe Guillermo Escobar) es tarea ardua pero como él mismo ha demostrado es cuestión de tiempo y esfuerzo llegar a conformar un sistema jurídico como el que él nos ofrece en su magnífico libro. La cuestión, en cambio puede resultar más compleja cuando la amplificación y dispersión de quienes nos expresamos a través de la Red es tal que ya no basta con un estatuto de los profesionales (que también los hay); es más, el anonimato es bastante más fácil que en la utilización de los *mass media* y, siendo así, *la tentación del "embozado"* puede ser frecuente y la regulación de la exigencia de responsabilidad se mostrará obviamente insuficiente.

Tal vez por ello, sin perjuicio de la inevitable acción de la delincuencia más o menos organizada que actuará en la red como en cualquier otro ámbito, sí cabe exigir a todo ciudadano pautas de respeto y de responsable utilización (como por lo demás ocurre en el ejercicio de cualquier libertad). Fromm lo puso de relieve, entre tantos otros. Sin duda la reciente obra de Victoria Camps "Democracia sin ciudadanos" viene a insistir en tan esencial idea. Pero todo ello ya nos conduciría a la pedagogía de la libertad de que tan necesitada se halla toda democracia y este ya no es ahora nuestro tema.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

II. Tecnología, libertad y privacidad

Antoni Roig Batalla[14]

Profesor titular de Derecho constitucional

Instituto Dret i Tecnología IDT

Universidad Autónoma Barcelona.

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado "Audios y vídeos del Congreso".

Resumen:

La tecnología garante de la privacidad, llamada PET o Privacy by design, está llegando a las recomendaciones de los grupos de expertos que asesoran a las Agencias nacionales de protección de dato. Si nos tomamos en serio la privacidad, deberemos convenir en la complementariedad de la tecnología con el Derecho como garantes de libertades. La suma de ambas garantías coordinadas todavía sería mejor. Quizás el principio de privacidad en el diseño sea un primer paso en este sentido. En cuanto a las libertades informativas, la situación es distinta. No hay aquí ninguna llamada a la protección tecnológica, ni siquiera limitada a un caso reducido o concreto. La evolución tecnológica es en paralelo a la jurídica, y por el momento, las posibilidades tecnológicas se usan para clasificar y obtener significado relevante para un espacio complejo y que ha crecido sin orden preestablecido: la blogosfera. El jurista debería acercarse sin complejos a esta propuesta multidisciplinar de estudio de las libertades informativas, si de verdad quiere complementar la protección jurídica de derechos fundamentales con el también apasionante mundo de la tecnología garante de los derechos fundamentales.

---

[14] Este trabajo es uno de los resultados del Proyecto I+D+I del MICIN, "Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites", (DER2009-14519-C05-01/JURI), cuyo investigador principal es Lorenzo Cotino Hueso.

Palabras clave: *Privacidad, Privacy by design, Privacy Enhancing Technologies, PETs, Blogosfera, Folksonomías, Blogs, IT Law, IT for Lawyers.*

1. Planteamiento general

La relación entre la tecnología y el Derecho es doble: por un lado tenemos un estudio jurídico de un nuevo ámbito, como son las tecnologías de la información y las comunicaciones (en inglés IT Law; por Information Technology Law); por otro lado, tenemos la aplicación de recursos tecnológicos a problemas jurídicos (IT for Lawyers, por Information Technology for Lawyers). En nuestro país, empezamos a tener un grupo cada vez más numeroso de juristas interesados en la problemática de las nuevas tecnologías. Sin embargo, no sucede lo mismo con la aplicación de tecnología para resolver problemas informáticos. En efecto, los trabajos de los ingenieros, en este caso, no llegan a los profesionales del Derecho en general sino, en su caso, a los beneficiarios directos de la tecnología en cuestión.

Esta situación contrasta con la que tenemos en algunos países, con Institutos de Derecho y Tecnología y seminarios multidisciplinares sobre, por ejemplo, privacidad y redes sociales, con asistencia mixta de juristas (IT Law) e ingenieros (IT for lawyers). Este diálogo multidisciplinar no sólo ofrece la posibilidad de conocer los estudios llevados a cabo con otras metodologías sobre un mismo objeto, cosa ya de por sí enriquecedora; también permite descubrir cómo se está modelando el objeto de las TICs. Así, por ejemplo las Agencias de protección de datos están reclamando en el campo de la privacidad en las redes sociales la aplicación de un principio nuevo: la *privacy by design*[15]. Esta expresión alude a la protección tecnológica de la privacidad desde el mismo momento del diseño de la aplicación. Pues bien, no puede entenderse esta propuesta sin conocer la evolución de las tecnologías garantes de la privacidad: las PETs (*Privacy Enhancing Technologies*).

---

[15] La recepción de este principio puede encontrarse, por ejemplo, en el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos acerca de la promoción de la confianza en la sociedad de la información mediante el impulso de la protección de datos y la privacidad (2010/C 280/01), de 16 de octubre de 2010.

ISBN 978-84-694-0081-4

Los ingenieros pretendían proteger inicialmente la privacidad con parches tecnológicos *a posteriori*. Los problemas ligados a esta opción pronto fueron evidentes: coste añadido y problemas de interoperatividad con la aplicación de base. Se propuso entonces incorporar principios de diseño que fueran respetuosos con la privacidad. Esta posibilidad fue teorizada por una persona que desde su cargo de Comisionado para la protección de los datos personales en Ontario (Canadá) podía tender un puente entre los dos ámbitos, el europeo y el americano. Ann Cavoukian propuso así el nombre de *privacy by design*, un campo de colaboración entre el jurista especializado en IT Law y el ingeniero de IT for Lawyers[16]. Muchos institutos de Derecho y tecnología ya disponen de equipos multidisciplinares que colaboran en proyectos de aplicaciones tecnológicas para el mundo del Derecho. He aquí algunas de las interesantes posibilidades técnicas que ofrecen protección a la privacidad, a la libertad de expresión, a la libertad sexual de los menores y a la libertad de información.

2. Tecnología garante de la privacidad

En el proyecto Neurona[17], en el cual participé en el equipo del IDT coordinado por Núria Casellas, se adaptaron las sanciones de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) a una ontología jurídica. Sin entrar en detalles técnicos, una ontología es un conjunto de conceptos relacionados por un experto, en nuestro caso, en protección de datos. La estructura que contiene los conceptos relevantes, así como las relaciones entre éstos, permite su incorporación a un programa. De esta manera, el resultado es una herramienta automatizada dotada de conocimientos expertos. Todavía estamos lejos de la sustitución del profesional en la toma decisiones, si es que ello es posible, o acaso deseable, en algún caso. Seguramente, otras herramientas mejorarán en un futuro inmediato lo conseguido con las ontologías jurídicas. El objetivo del proyecto Neurona, más modestamente, pretendía dotar al empresario de unas alertas de seguridad por incumplimiento de los supuestos de hecho sancionables en materia de

---

[16] CAVOUKIAN, Ann *Privacy by Design… Take the Challenge*, Comisionado de Ontario, Canadá, 2009.

[17] NEURONA, proyecto de investigación industrial (TSI-020100-2008-134). Principal Investigador: Daniel Chávarri Coordinador: S21sec. Ministerio español de Industria, Turismo y Comercio. Período 2008 a 2009. A partir de 2011, empieza otro proyecto continuación del anterior, cuyo objetivo consiste esencialmente en ampliar los módulos de alarmas.

ISBN 978-84-694-0081-4

protección de datos. Con ello, una empresa con este programa tendría una herramienta de gestión de la privacidad, entendida como protección de datos, con un sistema de alertas automáticas. La inevitable intervención del jurista o del responsable de los datos acontecía entonces previo aviso de posible mal uso o incumplimiento de obligaciones. Ello evitaba, en parte al menos, los controles generales preventivos y concentraba las soluciones en aquellos ámbitos considerados sospechosos por un aviso automático.

3. Tecnología garante de la libertad sexual

En una decisión del Tribunal Federal americano en 2007, se declaró a MySpace exenta de responsabilidad por la agresión sexual a una usuaria derivado de un contacto en la red[18]. La usuaria, menor de edad, había conocido a otro usuario, mayor de edad, en la mencionada red social. Después de intercambiar datos y mantener conversaciones telefónicas durante unas semanas, concretaron una cita en persona. Fue entonces cuando el usuario mayor de edad agredió sexualmente a la menor. La demanda en representación de esta última reclamaba entonces a MySpace por negligencia. Sin embargo, el alto Tribunal federal americano exculpó a la red social y afirmó de forma rotunda que ésta no tiene la obligación de proteger a los menores frente a agresiones sexuales por parte de otros usuarios, menores o adultos.

Sin embargo, existen posibilidades tecnológicas de protección de menores frente a actuaciones delictivas en la red, o derivadas de la información obtenida en la misma. Ello se encuentra en consonancia con las recomendaciones de los grupos de expertos relacionados con la protección de datos. En efecto, la protección de los menores reclama, para estos expertos, medidas técnicas de protección como podrían ser la separación de los ámbitos entre usuarios menores y adultos, o la certificación de la edad por parte de un tercero.

En el IDT participamos en un proyecto llamado SNS, que busca proteger a los menores frente a escenarios de riesgos en la red[19]. Para ello,

---

[18] Doe v. MySpace Inc., de 13 de febrero de 2007, Tribunal del Distrito Oeste de Texas, división del Austin, Caso No. A-06-CA-983-SS.

[19] SNS - Social Network Surveillance (TSI-020110-2009-374). Investigador Principal: Juan A. Prieto, Coordinator: Ximetrix Networks Thoughts, Ministerio español de Industria, Turismo y Comercio, Período 2009 a 2011.

ISBN 978-84-694-0081-4

se comprueban patrones de conversaciones, debidamente anonimizadas, mantenidas por personas que han resultado ser agresores sexuales en casos reales. Un análisis lingüístico permitirá relacionar en tiempo real las conversaciones mantenidas en la red. Un aviso indicará al menor que su interlocutor utiliza un patrón lingüístico que se correlaciona en un porcentaje cuantificado con el que tuvo lugar en la investigación de un caso real. El mensaje deberá excluir cualquier expresión que signifique taxativamente que el interlocutor es un delincuente o un agresor sexual. Simplemente, informará de un riesgo basándose en la estadística. Los padres del menor podrían ser avisados igualmente de este riesgo potencial y decidir qué hacer en cada caso. De nuevo aquí pueden verse las virtudes, pero también las limitadas posibilidades de la tecnología actual: no se juzga, ni se sanciona a ningún usuario, sino que se pone en conocimiento de su interlocutor, menor de edad, una potencial situación de riesgo, para que pueda, eventualmente, intervenir un adulto o bien pueda el menor tomar medidas de precaución, como no dar datos personales suyos, ni de sus progenitores.

4. Tecnología garante de la libertad de expresión

El proyecto anticensura Haystack puede ilustrar los intentos, todavía incipientes, de garantías tecnológicas de la libertad de expresión[20]. Este programa debía usarse en las pasadas elecciones en Irán, y su objetivo era permitir la libertad de expresión en países en los cuales la censura política lo impide. El fracaso del proyecto se debía a errores de diseño: la primera cosa que hace el programa es decirle a todo el mundo que se está usando Haystack, lo cual facilita el obtener objetivos por parte de eventuales autoridades represoras. Las pruebas realizadas no parecen haber ido más allá de una docena de personas, a las cuales tampoco se advirtió de los posibles riesgos.

5. Tecnología garante de la libertad de información

El Tribunal Supremo de New Hampshire extendió las garantías de la libertad informativa a una pequeña página Web de lo que se llama en

[20] Sobre el proyecto y su fracaso, puede verse la noticia de la BBC de 14 de septiembre de 2010 en http://www.bbc.co.uk/news/technology-11298022

ISBN 978-84-694-0081-4

ocasiones “periodismo amateur” o en línea[21]. El caso era menor, pero la idea que subyacía a la resolución era crucial: la protección legal debería vincularse a la función de periodista, y no a un medio particular. En otras palabras, no exentas de retórica, todos seríamos ahora ya periodistas; el periodismo no sería ya una profesión, sino una actividad. Los periodistas profesionales actuales avisan, frente a estas palabras que suenan a despedida, que les echaremos de menos una vez se hayan ido. Sin embargo, el contexto parece apuntar a un cambio necesario de modelo de empresa o de *Business Model*.

En este contexto, están apareciendo muchas herramientas tecnológicas que podrían ser de aplicación a los Weblogs o blogs. Así, existirían múltiples herramientas para la organización y la categorización del espacio de los blogs, llamado blogosfera. El uso colectivo de las etiquetas de los blogs permitirá asimismo extraer una semántica. En este sentido, se ha creado la palabra *Folksonomía* para indicar una taxonomía de los blogs mediante las etiquetas de las personas[22]. El objetivo es interconectar recursos para que el usuario pueda encontrar y usar recursos relacionados. Para ello, cada Blogger es representado por su etiqueta más frecuentemente usada.

Los análisis estadísticos actualmente en uso permitir ya clasificar los blogs según el tono empleado: contento, triste, furioso y miedoso[23]. Por otro lado, en un estudio sobre la red semántica de los textos periodísticos en línea en Corea, se encontraron diferencias en las estructuras de las redes de sentidos entre los blogs y los periódicos tradicionales[24]. Igualmente, las estructuras de los medios conservadores por un lado, y progresistas por el otro, también ofrecían diferente forma de relación entre los principales conceptos utilizados. En síntesis, y a riesgo de perder la riqueza del estudio, los medios conservadores de limitaban en mayor medida que los

[21] *The Mortgage Specialists, Inc. v. Implode-Explode Heavy Industries, Inc.*, Tribunal Supremo de New Hampshire, 6 de mayo de 2010, disponible en http://www.courts.state.nh.us/supreme/opinions/2010/2010041mortg.pdf

[22] Por ejemplo, HOTHO, Andreas “Data Mining on Folksonomies”, en G. Armano et al. (Eds.), *Intelligent Information Access*, SCI 301, 2010, págs. 57–82.

[23] JUNG, YUCHUL, PARK, HOGUN AND MYAENG, SUNG HYON, “A Hybrid Mood Classification Approach for Blog Text,” en Q. Yang and G. Webb (Eds.), PRICAI 2006, *Lecture Notes in Artificial Intelligence*, 4099, págs. 1099 – 1103, 2006.

[24] YON SOO LIM, “Semantic Web and Contextual Information: Semantic Network Analysis of Online Journalistic Texts” en J.G. Breslin et al. (Eds.), BlogTalk 2008/2009, *Lecture Notes in Computer Science* 6045, págs. 52–62, 2010.

progresistas, a indicar los hechos principales, sin hacer mención en muchos caso ni a supuestos relacionados ni a posibles causas o consecuencias.

Están apareciendo los primeros filtros de spam para blogs, llamados filtros de splog (por spam blog) o splogs[25]. En otro interesante proyecto, se ponen en conexión los medios de información tradicionales con los blogs, mediante definiciones sacadas directamente de Wikipedia[26]. Quizás, la tecnología consiga unir en el futuro lo que por el momento el Derecho considera por separado: los medios de información tradicionales y los blogs.

6. Conclusiones

La tecnología garante de la privacidad, llamada PET o *Privacy by design,* está llegando a las recomendaciones de los grupos de expertos que asesoran a las Agencias nacionales de protección de dato. El primer ámbito en el que presumiblemente se aplicarán será el de la protección de menores frente a los riesgos derivados de la participación de éstos en las redes sociales. Si tenemos en cuenta que la edad a la cual los menores frecuentan las redes sociales está disminuyendo, hasta los primeros contactos sobre los nueve años, se comprende la problemática subyacente y la aceptación, aunque sea a regañadientes, de la entrada de la tecnología en este supuesto. Sin embargo, los riesgos son múltiples, y si nos tomamos en serio la privacidad, deberemos convenir en la complementariedad de la tecnología con el Derecho como garantes de libertades. La suma de ambas garantías coordinadas todavía sería mejor. Quizás el principio de privacidad en el diseño sea un primer paso en este sentido.

En cuanto a las libertades informativas, la situación es distinta. No hay aquí ninguna llamada a la protección tecnológica, ni siquiera limitada a un caso reducido o concreto. La evolución tecnológica es en paralelo a la jurídica, y por el momento, las posibilidades tecnológicas se usan para clasificar y obtener significado relevante para un espacio complejo y que ha

---

[25] TAKAYUKI YOSHINAKA, SOICHI ISHII, TOMOHIRO FUKUHARA, HIDETAKA MASUDA, AND HIROSHI NAKAGAWA, “A User-Oriented Splog Filtering Based on a Machine Learning”, en J.G. Breslin et al. (Eds.): BlogTalk 2008/2009, *Lecture Notes in Computer Science* 6045, págs. 88–99, 2010.

[26] YUKI SATO1, DAISUKE YOKOMOTO1, HIROYUKI NAKASAKI2, MARIKO KAWABA3, TAKEHITO UTSURO1, and TOMOHIRO FUKUHARA, “Linking Topics of News and Blogs with Wikipedia for Complementary Navigation”, en J.G. Breslin et al. (Eds.), BlogTalk 2008/2009, *Lecture Notes in Computer Science* 6045, pp. 75–87, 2010.

ISBN 978-84-694-0081-4

crecido sin orden preestablecido: la blogosfera. Quizás, en este sentido, cuando el Derecho extienda algunas de las garantías de la libertad informativa a los blogs, nos encontremos ya con muchos proyectos que han unido anteriormente ambos espacios informativos. En algún momento del proceso convendrá pensar si la tecnología puede ayudar al Derecho en cuanto no sólo clasificador y conector, sino también como garantía de la libertad de expresión. Mi experiencia con las PETs me sugiere que quizás el jurista atento se encuentre, aquí también, con algo parecido a la ética del ingeniero que se pregunta por los peligros de sus creaciones, sin conocer en profundidad el derecho a la privacidad o a la protección de datos. El jurista en cuestión debería acercarse sin complejos a esta propuesta multidisciplinar de estudio de las libertades informativas, si de verdad quiere complementar la protección jurídica de derechos fundamentales con el también apasionante mundo de la tecnología garante de los derechos fundamentales.

ISBN 978-84-694-0081-4

III. El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible

Germán M. Teruel Lozano[27]

Licenciado en Derecho y Máster en Derecho Constitucional

Universidad de Murcia

Resumen:

Internet es hoy día el "ágora pública" de la sociedad del siglo XXI, se presenta como un espacio proclive al ejercicio de las libertades públicas y muy especialmente de la libertad de expresión. Ahora bien, observamos al mismo tiempo como surgen intentos de controlar el mismo y aparecen formas de censura en la Red. Ante ellas, es necesario replantear las garantías constitucionales a la libertad de expresión traduciéndolas a la realidad y características propias de este medio. Aquí nos proponemos entonces someter a análisis en qué medida la regulación que hoy día está naciendo sobre Internet está asumiendo adecuadamente las exigencias constitucionales que dan protección a la libertad reina de Internet: la libertad de expresión. Particularmente someteremos al "cedazo" constitucional la LSSICE que, aunque en principio pudiera aparentar ser una ley que únicamente regula un fenómeno comercial ajeno a las libertades fundamentales; sin embargo, la misma compromete de lleno el ejercicio de la libertad de expresión. Del mismo modo, también habrá de ser objeto de estudio la DF. 2ª del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, que viene a crear un procedimiento administrativo sui generis de protección de la propiedad intelectual en Internet que puede llevar a graves restricciones de nuestra libertad pública.

---

[27] germanmanuel.teruel@um.es/ http://inpurisnaturalibus.wordpress.com/

ISBN 978-84-694-0081-4

Palabras clave: *libertad de expresión, Internet, ciberespacio, censura previa, secuestro judicial, LSSICE*.

1. Libertad de expresión en Internet

1. 1. Internet: nuevo paradigma de la libertad de expresión

La sociedad de este siglo XXI cuya primera década superamos se caracteriza sin lugar a dudas como la "sociedad de la información". Los cambios tecnológicos vividos –y los que siguen apareciendo- han impactado sobre el modelo de sociedad provocando una auténtica revolución. Se ha producido un cambio excepcional en las estructuras productivas, económicas, políticas, sociales y culturales, como consecuencia de esta revolución tecnológica[28].

Vivimos en la era de la información y de la comunicación, y con Internet nace todo un nuevo espacio social, el ciberespacio, a través del cual las personas pueden comunicarse, pero que va mucho más allá. Por medio de Internet se puede ahora trabajar, prestar servicios médicos o educativos, realizar la compra, etc. Internet ha llevado a la creación de un nuevo mundo virtual.

Pues bien, Internet se presenta así como un nuevo espacio para el desarrollo de las libertades públicas, y, entre todas ellas, la libertad de expresión es su "reina". En este sentido, el Juez Dalzell definía este medio como una "*conversación sin fin a lo largo y ancho del planeta*"[29]. En definitiva, Internet es hoy día la "plaza pública", el "ágora de la comunidad global"[30]. Un

---

[28] A este respecto, véase MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, págs. 11 y ss.

[29] "*A never-ending worldwide conversation*". Stewart Dalzell, Juez del Tribunal Federal del Distrito de Pensilvania, sentencia del caso ACLU v. Janet Reno, 96-963, de 11 de junio de 1996. Traducción de FERNÁNDEZ ESTEBAN, Mª. L, "Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (Comentario a la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 53, Mayo-agosto, 1998, págs. 283-311, cit en pág. 284.

Esta sentencia fue posteriormente ratificada por el Tribunal Supremo norteamericano en su sentencia 96-511, de 26 de junio de 1997.

[30] Así lo define el informe final de la Comisión Especial sobre Redes Informáticas del Senado español, aprobado el 9 de diciembre de 1999 –Publicado en el Boletín Oficial del

espacio a través del cual la comunicación salva cualquier género de impedimento espacial o temporal; que abre las puertas a un nuevo modelo comunicativo multidireccional y totalmente horizontal, disperso y descentralizado, interactivo, y con una profunda vocación democratizadora.

La libertad de expresión adopta entonces nuevos perfiles a partir del desarrollo de este medio y de los caracteres propios de la sociedad de la información. Como expresa LESSIG, "doscientos años después de que sus redactores ratificasen la Constitución, la Red nos ha enseñado el significado de la Primera Enmienda"[31]. Internet se convierte así en el nuevo paradigma de la libertad de expresión.

1. 2. Delimitación de la libertad de expresión en Internet

Sin embargo, Internet, a pesar de lo que intuitivamente pudiera parecer, es ya un fenómeno tan extenso que no toda actividad realizada a través de este medio debe entenderse considerada como un supuesto de ejercicio de una libertad comunicativa. La libertad de expresión es, como hemos dicho, su reina; pero por medio de Internet se prestan servicios de muy diversa índole (difusión de información, comercio, tele-educación, tele-medicina…) y se practicas formas comunicativas muy distintas (servicios de comunicación instantánea, WWW, servicios de transmisión de datos y archivos…), algunos de los cuales no quedarán amparados por la misma.

Incluso si nos centramos en la delimitación de la libertad de expresión en la "World Wide Web" (en adelante WWW), a través del cual la libertad de expresión se proyecta con mayor intensidad; se observa también como no en todos los supuestos de publicación de contenidos en páginas web se tiene por qué ver afectada la libertad de expresión. Aunque definamos la libertad de expresión en sentido amplio, como aquella libertad pública que protege la facultad de toda persona de difundir y recibir mensajes comunicativos de cualquier género de contenido –ideas, informaciones y opiniones, pensamientos…-, con independencia del medio que sea utilizado para su expresión; si analizamos detenidamente el fenómeno de la "WWW", comprobamos como ésta sirve de base para la prestación de servicios que

---

Senado de 27 de diciembre de 1999-. Texto accesible en la página web: http://www.senado.es/pdf/legis6/senado/bocg/I0812.PDF

[31] LESSIG, Lawrence, *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2001, pág. 309.

ISBN 978-84-694-0081-4

van más allá de lo que podemos entender por "publicación" o "difusión" de información.

Por tanto, para determinar aquellos supuestos en los que se pueda ver comprometido el ejercicio de la libertad de expresión a través de este medio, será necesario distinguir el tipo de actividad o de servicio que se realiza o al que se dedica una determinada página web. Se deberán distinguir aquellas páginas dedicadas a la "difusión de información"[32] –entendiendo información en su sentido más amplio y con independencia que tal actividad represente de manera directa o indirecta un beneficio económico o suponga en sí misma ejercicio de actividad económica-, que sí que supondrían un ejercicio de la libertad de expresión; y, por otro, esas otras páginas web que se dedican a la "prestación de servicios telemáticos" –en general-, los cuales quedan al margen de esta libertad pública. Es el caso de las páginas dedicadas al "comercio electrónico", pero también de esas otras que prestan diversos servicios telemáticos como, por ejemplo, "gestiones bancarias" o, incluso, portales de instituciones públicas a través de los cuales se pueden hacer diversas gestiones oficiales[33].

---

[32] En este grupo incluiríamos aquellas páginas que en la terminología de la LSSICE prestan servicios de "suministración de información por vía telemática". Asimismo, creo necesario incluir también las páginas web de buscadores de información a través de Internet (aquellas web que prestan servicios de "provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet"). No me refiero ahora a otros servicios como los "servicios de intermediación" en la sociedad de la información, ya que estos no se proyectan en páginas web, aunque, como veremos en el último capítulo, se van a encontrar también protegidos por la libertad de expresión.

[33] En este sentido sostiene VALERO TORRIJOS ("Responsabilidad administrativa sancionadora", en Cavanillas Múgica (Coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar,* Comares, Granada, 2005, págs. 87-114, cit. en pág. 96.): "con la única excepción de las actividades comerciales en los términos referidos, la difusión de contenidos por Internet ha de considerarse una publicación en los términos del art. 20.5 CE que se encontraría protegida por la garantía constitucional del monopolio judicial en su interrupción…". Con la matización de que junto con las actividades comerciales creo que habría que excluir también otros servicios telemáticos, en mi opinión ésta es la línea adecuada para delimitar la libertad de expresión en Internet. Del mismo autor, véase también "La potestad sancionadora de las Administraciones públicas en relación con los contenidos y servicios de Internet", en Cavanillas Múgica (Dir.), *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, Comares, Granada, 2007, págs. 161-189, pág. 185.

Siguiendo esta línea, DEL ROSARIO SANFELIU ("Artículo 11: Deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación", en Cremades/González Montes (Coords.), *La nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 229-244, pág. 236) al estudiar las autoridades competentes para ordenar el cierre de una página web según el art. 11 de la LSSICE, considera que es necesario distinguir dos tipos: aquellos sitios web que ofrecen transacciones económicas *on-line*, cuyo objeto por tanto es la realización de transacciones comerciales como las empresas

ISBN 978-84-694-0081-4

2. El Legislador y los riesgos para la libertad de expresión (I). La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico

Internet no es un fenómeno homogéneo y, por tanto, no se puede definir un régimen jurídico omnicomprensivo para el mismo. Cualquier legislación que pretenda la regulación de la Red deberá ser cautelosa a la hora de delimitar aquellos supuestos en los que se puede ver comprometida la libertad de expresión, y, en tales casos, su diseño tendrá que ser respetuoso con las garantías y exigencias constitucionales derivadas de esta libertad pública.

A estos efectos, quiero en esta comunicación descender al análisis de dos normas en particular que vienen a regular actividades a través de Internet y que, como veremos, pueden comprometer gravemente el ejercicio de la libertad de expresión en este medio. Son la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE); y la Disposición Final Segunda del proyecto de Ley de Economía Sostenible. Esta ley ha sido finalmente aprobada como Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Nuestro cometido será el de pasar por el "cedazo constitucional" la regulación de las mismas para comprobar si en su desarrollo el Legislador ha respetado las garantías constitucionales que limitan el poder de intervención público en el ámbito de Internet.

---

tradicionales; y aquellos otros que ofrecen información a través de la Red, y reciben financiación a través de la publicidad, cuyo objeto de actividad es la propia información por lo que deben ser tratados como los medios de comunicación tradicionales. A este respecto véase también SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, "Las libertades públicas y su ejercicio en internet", en Cotino Hueso (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 75-113, págs. 101 y ss.; en donde la autora presenta por un lado la necesidad de no confundir el ejercicio de las libertades públicas ni con la estructura del soporte ni con otros usos de la red, y también plantea la cuestión relativa a la diversidad normativa para usos distintos del simple ejercicio de las libertades públicas. En este último punto distingue, por ejemplo, entre "contenidos comerciales" y "opiniones e informaciones", a cada uno de los cuales les correspondería un régimen jurídico según su opinión –algo que aquí sólo con matices hemos compartido ya que venimos asumiendo que incluso la comunicación comercial debe estar protegida por la libertad de expresión aunque admitamos alguna peculiaridad en su régimen de tutela-. ESCOBAR ROCA ("Reflexiones en torno a los principios de la comunicación pública en el ciberespacio", en Cotino Hueso (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 115-131), por su parte, considera que se ejerce libertad de expresión a través de Internet "en principio, siempre que una página o portal difunda contenidos en Internet", de lo que deduce que en esos casos no cabría actuación administrativa alguna (cit. en pág. 123-124).

2. 1. Objeto y delimitación del ámbito de la Ley: ¿Ley del comercio electrónico o la Ley de Internet?

La LSSICE en principio pudiera aparentar tratarse de una "discreta" Ley cuya única pretensión sería la de regular unas especificidades en ciertas "actividades comerciales"[34], propiamente por tanto de derecho privado[35], y cuyo objeto sería ofrecer, como señala en su Exposición de Motivos, algo de claridad en el marco jurídico de las actividades económicas desarrolladas a través de Internet; de manera que, sin separarse del régimen jurídico general que regula tales actividades, vendría a cumplir con esa necesidad de adaptar el mismo a las peculiaridades del nuevo medio[36].

Si así fuera verdaderamente, poco tendríamos que decir de ella en el presente estudio. Sin embargo, cuando descendemos por la regulación de la LSSICE, rápidamente se comprueba cómo, aunque la misma "quiere" parecer una ley meramente comercial, que en principio no afectaría al ejercicio de las libertades fundamentales en Internet; resulta en realidad que ésta presenta importantes implicaciones constitucionales y afecta de lleno al ejercicio de la libertad de expresión en múltiples aspectos[37].

La LSSICE parte así de un gravísimo error de base. Parece que nace en la creencia de que por tratarse de una ley reguladora de actividades económicas, entonces en ellas no se van a ver afectadas los derechos fundamentales, y en particular la libertad de expresión. Craso error. Es cierto que las actividades de comercio electrónico en principio van a quedar al

---

[34] Muy llamativo a este respecto es el folleto informativo que ha elaborado el Ministerio de Industria bajo el título "La <Ley de Internet> fácil". Accesible en la página web: http://www.mityc.es/dgdsi/lssi/Documents/ltriptico.pdf

[35] No en vano esta Ley trae causa en la Directiva "sobre comercio electrónico" (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior), la cual sienta su base jurídica estrictamente en el "mercado interior", con el objeto de garantizar la "libre circulación de servicios" y la "libertad de establecimiento" para el ejercicio de actividades económicas (arts. 47.2, 55 y 95 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea).

[36] En concreto, establece la Exposición de Motivos de la LSSICE: "Eso es lo que pretende esta Ley, que parte de la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan, ocupándose tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no estén cubiertos por dicha regulación". Véase también el art. 1.1.

[37] Así, GARCÍA MORALES, María José, "Libertad de expresión y control de contenidos en Internet", en Casanovas (Ed.), *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación,* Comares, Granada, 2003, págs. 33-69, pág. 46.

ISBN 978-84-694-0081-4

margen del ámbito de protección de esta libertad. Sin embargo, la Ley va más allá de la regulación del comercio electrónico y se detiene en la fijación del régimen jurídico de los "servicios de la sociedad de la información". Aquí sí que entra entonces ya a poder verse afectada nuestra preciada libertad, más aún con la amplitud con la que ésta define este tipo de servicios, y ello con independencia de que estos supongan una actividad económica.

Según la definición que ofrece la propia Ley en su Anexo, "servicio de la sociedad de la información" será "todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario". Y añade que tal concepto se extenderá a los "servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios". Incluye entonces una lista ejemplificativa de algunos de los que se pueden considerar incluidos: "contratación de bienes y servicios por vía electrónica", "subastas electrónicas", "envío de comunicaciones virtuales", "suministración de información por vía telemática" –dentro de estos según explicita la Exposición de Motivos se encontrarían "los periódicos y revistas que pueden encontrarse en la Red"-.

Por tanto, vemos como la Ley va a afectar directamente a actividades que, aun cuando tengan carácter oneroso o sean consideradas actividades económicas, se encuentran al amparo del ejercicio de la libertad de expresión. Si la Ley se hubiera detenido en regular los servicios de "contratación de bienes y servicios por vía electrónica", de "subasta electrónica" y otros que no afecten a la difusión de información; esta libertad no se habría visto comprometida. Sin embargo, al extender el concepto a la "suministración de información por vía telemática" y a los "servicios de intermediación"[38], la misma afecta de lleno el ejercicio de la libertad de expresión en Internet.

Resulta indudable que los periódicos y revistas digitales se encuentran directamente amparados por la libertad de expresión, aunque supongan el ejercicio de una "actividad económica". Del mismo modo, los "servicios de intermediación" también de manera mediata están ejerciendo un derecho

---

[38] Según recoge el propio Anexo de la Ley: "Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet".

ISBN 978-84-694-0081-4

derivado de la libertad de expresión, el derecho a crear y desarrollar aquellos medios y soportes necesarios para la comunicación y la difusión de información. Pero es que, aún más allá, como la definición de "actividad económica" incluye no sólo ingresos directos sino también otros indirectos[39], esta Ley afecta también a particulares que tengan su página web para difundir la información que entiendan conveniente, cuando a través de la misma obtengan algún género de ingreso –algo muy común es permitir la inserción de mensajes publicitarios en una web particular para sufragar el coste de alojamiento-. En todos estos casos nos encontramos con supuestos en los que, por más que definamos su actividad como un "servicio" de contenido económico, los mismos van a estar amparados por la libertad de expresión.

Además, esta Ley regula también las "comunicaciones comerciales por vía electrónica". Pues bien, nuevamente aquí he de sostener que en esta regulación también se ve comprometida la libertad de expresión. Cuestión distinta es que por las peculiaridades de su contenido se pueda entonces admitir especialidades en su régimen jurídico, e incluso flexibilizar su protección[40].

Vemos así lo que la Ley parece querer esconder: que en su regulación afecta de manera directa a la libertad de expresión. Por cierto, que como pone de manifiesto Sanchez Ferríz[41], la Ley –quien sabe si en un *lapsus*-

---

[39] En este sentido, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en la página web que dedica a esta Ley, en su apartado de preguntas más frecuentes ofrece la definición de lo que debe entenderse como "actividad económica": "Cuando éste percibe ingresos directos (por las actividades de comercio electrónico que lleve a cabo a través de la página, etc.) o indirectos (por publicidad, patrocinio, etc.) derivados de su página web, con independencia de que éstos permitan sufragar el coste de mantenimiento de la página, igualen esa cantidad o la superen". Vid. http://www.mityc.es/dgdsi/lssi/faqs/Paginas/Index.aspx#6

[40] En este sentido, entre otros, GARCÍA GUERRERO, José Luis, "Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", *Derecho Privado y Constitución,* Núm. 10, Septiembre-diciembre, 1996, págs. 117-146; y "La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Núm. 50, Mayo-agosto, 1997, págs. 77-101; DÍEZ-PICAZO, Luis Mª, "Publicidad televisiva y derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 50, Mayo-agosto, 1997, págs. 61-76; y DE LA CUESTA RUTE, José Mª., "Observaciones sobre la Ley general de publicidad", *Revista Jurídica de Catalunya*, Año 4, 1989, págs. 51-104.

De especial interés al respecto es también la STEDH de 24 de febrero de 1994, caso Casado Coca.

[41] "Las libertades públicas y su ejercicio en Internet…", *op. cit.*, págs. 106 y ss. La autora hace una excelente exposición denunciando la grave confusión conceptual que

ISBN 978-84-694-0081-4

reconoce que en su regulación puede terminar afectando esta libertad. Así se deduce de su escabroso y confuso art. 8, al admitir que en la adopción de restricciones a la libre actividad de prestación de estos servicios deben respetarse, en todo caso, "las garantías normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger (…) *a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados"*.

Ahora bien, el problema de esta Ley no está tanto en que al acometer esa labor de "adaptación" de la regulación de un sector de actividad, puedan verse afectadas también ciertas libertades fundamentales; lo malo es que la Ley desconozca tal circunstancia, y, en consecuencia, no tenga convenientemente en cuenta las implicaciones jurídico-constitucionales que se deducen de la afectación a los derechos fundamentales y libertades públicas. En el supuesto del artículo 8 el Legislador ha tenido al menos el "tino" de remitirse en abstracto al respeto de las garantías de la libertad de expresión (y de otros derechos fundamentales cuya presencia ahí no resulta muy coherente), pero tales consideraciones las debería haber extendido a todo el diseño de la Ley. Así, por ejemplo, en la medida que esta Ley, aunque no lo regule directamente, sí que puede afectar al desarrollo de un derecho fundamental, e incluso, como veremos, puede en algunos aspectos establecer ciertas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet; esto al menos hace plantearse la duda de si en alguno de sus puntos no reclamaría revestirse de carácter orgánico, como manda el art. 81 de la Constitución para aquellas normas relativas al "desarrollo de los derechos fundamentales" [42].

---

subyace en el diseño que hace el Legislador en la LSSICE en referencia al tratamiento y significación de las "libertades públicas" y los "derechos fundamentales".

[42] A este respecto, por ejemplo, SANCHEZ FERRIZ ("Las libertades públicas y su ejercicio en Internet…", *op. cit.*, pág. 107) considera que, siguiendo la lógica de la propia Ley por la que se entiende que ésta no afecta a las libertades fundamentales, el Legislador creyó que regular el soporte no suponía desarrollo de las mismas y por tanto no demandaba carácter orgánico. Es cierto que así se ha venido asumiendo en muchos casos (por ejemplo, en la legislación del sector audiovisual en la que igualmente se ve en ocasiones comprometida nuestra libertad tampoco las normas revisten carácter orgánico). Ciertos autores, sin embargo, entienden que sí que debería ser exigible tal condición. En este sentido, MAESTRE, J., y SÁNCHEZ ALMEIDA, C., "LSSI: Análisis legal", Informe presentado ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología el 17 de mayo de 2001, accesible en la página web: http://www.ugr.es/~aquiran/cripto/lssi/02.html; FAJARDO LÓPEZ, Informe sobre la LSSICE, accesible en la página web: http://www.ugr.es/~aquiran/cripto/lssi/13.html; o FERNÁNDEZ ESTEBAN, Mª Luisa., *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales,* Mc GrawHill, Madrid, 1998, pág. 86, en donde sostiene que es exigible el carácter orgánico para la conocida como "Ley del fútbol" porque ésta desarrolla el "derecho a recibir información deportiva".

ISBN 978-84-694-0081-4

En conclusión, nos encontramos con una Ley que va mucho más allá de ser una mera Ley del "comercio electrónico", una Ley que ha sido bautizada incluso como la "Ley de Internet"[43]. Maestre y Sánchez Almedia, dicen a este respecto que "no es que pretenda regular cualquier tipo de actividad económica en la Red, sino que pretende instaurar una especie de Derecho sobre Internet, con vocación de resultar aplicable a cualquier iniciativa con presencia activa en la red, es decir, a todos los que no sean consumidores o meros usuarios pasivos. El mercado quiere imponer su dualismo: o somos compradores (consumidores) o vendedores (prestadores de servicios de la sociedad de la información)". Ese es el gran problema de esta Ley, una Ley que en palabras de Boix Palop muestra una "sorprendente ceguera" y "parece obviar la existencia de otra Red que no sea la de las grandes iniciativas empresariales"[44]. Una Ley con vocación de "gobernar" Internet, pero que "destierra", que olvida a su reina: la "libertad de expresión".

2. 2. Garantías constitucionales a la libertad de expresión y el régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información

La LSSICE, como vemos, puede afectar al ejercicio de la libertad de expresión, pero también quedan reguladas por la misma actividades que no están bajo el paraguas protector de la libertad de expresión –ej. comercio electrónico-. Ellas no nos preocupan aquí. Nos interesamos únicamente por aquellos servicios que sí que suponen un ejercicio de la libertad de expresión, y que se reúnen fundamentalmente en: "servicios de suministración de información por vía telemática" y los "servicios de intermediación". Estos servicios cuentan por tanto con un "plus" de protección que debe ser considerador por el Legislador adecuadamente, ya que en su

---

Por su parte, el Tribunal Constitucional consideró en su sentencia 127/1994, que la Ley de televisión privada no requería el carácter orgánico porque no podía ser considerada como regulación del efectivo "desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas".

Véase la presentación que hace de la distintas posiciones a este respecto que se encuentra en BOIX PALOP, Andrés, "Libertad de expresión y pluralismo en la Red, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 65, Mayo-agosto, 2002, págs. 133-180, pág. 168 (nota a pie núm. 66)

[43] Así se refiere a ella el propio Ministerio: http://www.mityc.es/dgdsi/lssi/Paginas/Index.aspx

[44] "Libertad de expresión y pluralismo…", *op. cit.*, cit. en pág. 166.

ISBN 978-84-694-0081-4

reglamentación está afectando al ejercicio de una libertad pública. Entremos entonces a valorar el régimen establecido:

a) El principio de libre prestación de servicios

La Ley, en consonancia con la Directiva comunitaria (art. 4), reconoce el "principio de libre prestación de servicios" y prescribe que la prestación de los mismos no estará sujeta a autorización previa (art. 6)[45]. Algo que, por otro lado, en el caso de aquellos servicios amparados por la libertad de expresión vendría impuesto por mor de la propia Constitución. La prohibición de "censura previa" debe extenderse a la imposición de cualquier género de autorizaciones o licencias previas tanto para la publicación en sí misma de cualquier género de mensaje, como también para la creación de "medios de comunicación" –lo que en el ámbito de Internet debía incluir a los PSI y al resto de "servicios de intermediación", en tanto que instrumentos para la creación y desarrollo de los soportes y medios necesarios para la comunicación y difusión de información-.

b) Restricciones a la prestación de servicios: "*Nihil novum sub solem*"

El art. 8 de la Ley viene a regular una serie de supuestos en los que por decisión de los "órganos competentes" podrá ordenarse la restricción a la prestación de los servicios o la retirada de datos de Internet. Estos casos son: a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional; b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores; c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social; d) La protección de la juventud y de la infancia.

[45] A salvo quedan lógicamente "los regímenes de autorización previstos en el ordenamiento jurídico que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios" (art. 6.párr. 2º).

ISBN 978-84-694-0081-4

A pesar de los ríos de tintas que ha hecho correr este artículo, creo que en su redacción actual resulta bastante "insulso"[46] y no ha de entenderse por especialmente problemática constitucionalmente. En sí mismo el precepto no ofrece una protección novedosa a determinados bienes o valores en Internet. Simplemente, lo que viene a añadir es que, de entre las posibilidades que la legislación general ofrece para reaccionar contra determinados hechos ilícitos que vulneren esos bienes y valores; permite entonces la de ordenar la restricción de estos servicios, aunque sin definir muy bien la fórmula –se entiende que puede ordenarse desde la "retirada de datos", "suspensión del alojamiento", "bloqueo de una web", suspensión o prohibición de la prestación de un servicio…-. Ahora bien, no descubre "nada nuevo bajo el sol". Por ello el precepto se remite en todo caso a la legislación general. En el caso de que puedan verse afectados los bienes y valores que recoge, los órganos competentes podrán llevar a cabo las medidas de restricción de los servicios, pero siempre en ejercicio de las "funciones que tengan legalmente atribuidas".

Ahora bien, así entendido el precepto resulta entonces técnicamente deficiente. Porque, siguiendo la interpretación que aquí hemos realizado del mismo, no se entiende entonces por qué enumera sólo entre las causas que pueden dar lugar a tales ilícitos aquellas relacionadas con el interés y orden público. A través de estos servicios también se pueden poner en peligro derechos de índole privada cuya tutela es necesario garantizar en el marco de los servicios de la sociedad de la información. Así, por ejemplo, Cavanillas Múgica recuerda los supuestos en los que se pudiera ver vulnerada una marca comercial, un secreto industrial o los derechos de explotación de una obra intelectual[47]. ¿Un Juez civil no podrá entonces ordenar la retirada de unos contenidos que lesionan el "deber de secreto industrial" o incluso el

[46] Puede ser que este carácter sea consecuencia de la depuración a la que se vio sometida la redacción que daba del mismo el Anteproyecto de Ley, en el que se concedían unas potestades exorbitantes a la Administración para controlar estos aspectos de forma manifiestamente inconstitucional, lo que dio lugar a una gran contestación doctrinal que obligó a su cambio.

[47] "Deberes de los servidores en la LSSICE", en Cavanillas Múgica (Coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar,* Comares, Granada, 2005, págs. 29-48, pág. 36.

ISBN 978-84-694-0081-4

"derecho al honor" o a la "intimidad"[48]? Parece que lo más lógico sería que éste estuviera referido a cualquier actuación o servicios ilícitos[49].

Por otro lado, como apuntaba, el precepto es muy abierto y por tanto no aclara quién será el "organismo competente", sino que se remite a la legislación general. Ahora bien, al mismo tiempo se da cuenta el Legislador de que con tales medidas de restricción se pueden ver afectadas las libertades de expresión y de información[50], y se siente en la obligación de avisar que en todo caso, cuando esas libertades se vieran implicadas, tales medidas se adoptarán siempre cumpliendo con las garantías, normas y procedimientos previstos para su protección. Sería así, en nuestro caso, una remisión genérica a las garantías del art. 20 de nuestra Constitución.

La Ley podría en este punto al menos haberse esforzado en delimitar aquellos casos en los que pueda verse comprometida la libertad de expresión en aras de ofrecer la mayor seguridad jurídica y claridad en la regulación de un sistema que de manera tan incisiva puede afectar al ejercicio de tal libertad pública. Básicamente, como hemos venido sosteniendo, sería en los casos en los que la orden restrinja la prestación de un "servicio de suministración de información por vía telemática", y en buena medida de los "servicios de intermediación".

Pero, aunque el precepto tampoco concreta las garantías correspondientes, sí que añade que: "En todos los casos en los que la Constitución y las Leyes reguladoras de los respectivos derechos y

---

[48] Estos últimos a lo mejor podrían indirectamente reconducirse a través de la cláusula del ar. 8 referida a la protección de la "dignidad humana".

[49] Nuevamente aquí la propia "historia" del precepto ha podido ser la causa de tal *lapsus.* La norma fue en principio diseñada para supuestos en los que fuera la Administración la que adoptara tales decisiones de intervención o bloqueo. En esta lógica, es claro que la Administración, no estando en juego la libertad de expresión, sólo debe entrar a la salvaguarda de intereses de ámbito público como los que recoge el precepto. Sin embargo, toda vez que ahora se trata de una norma general que afecta también a la posibilidad de actuaciones de órganos judiciales, lo lógico es que la posibilidad de adoptar tales medidas se pueda dar en todos aquellos casos en los que se compruebe el ejercicio ilícito de un servicio o el carácter ilícito de un contenido, ya sea por vulnerar intereses públicos o derechos privados dignos de protección.

[50] Es cierto que el precepto también menciona "los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales", si bien, como acertadamente apunta SÁNCHEZ FERRÍZ (*op. cit.*, págs. 109 y ss.), no se entiende bien de qué manera se pueden ver perjudicados tales derechos por la adopción de estas medidas de restricción. Parece por tanto que su inclusión ahí es más bien fruto de una mala técnica legislativa y, lo que es más grave, de una confusión conceptual que pondría de manifiesto un desconocimiento de la naturaleza de las libertades públicas y de los derechos fundamentales.

ISBN 978-84-694-0081-4

libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información". Por tanto, en aquellos casos en los que estén en juego las libertades de expresión y de información sólo podrá actuarse mediante decisión judicial, sin distinguir entre que la decisión fuera cautelar o definitiva como un control *a posteriori*. De esta manera, parece que el Legislador asume aquí la reserva jurisdiccional en el control del ejercicio de la libertad de expresión incluso *ex post*.

En este punto, Boix Palop de manera concluyente sostiene igualmente que en los supuestos amparados por la libertad de expresión "de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución, *sólo la autoridad judicial pueda interrumpir la prestación del servicio"*. Y añade que de entre todas las posibilidades que caben en la interpretación de la LSSICE, ésta "*deviene la única posible"*[51]. De hecho, en principio los límites generales a la libertad de expresión no vienen dados por normativa administrativa alguna, sino por la legislación civil y penal, por lo que es a los órganos jurisdiccionales a los que les corresponderá entonces esta labor de protección de esos valores y bienes que pudieran verse afectados por un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión.

En definitiva, este artículo 8 se trata de un precepto bastante insulso pero que, por su carácter excesivamente abierto, por no decir notablemente vago, exige de una importante labor interpretativa para garantizar así que se cumplen con los estándares constitucionales.

c) Obligaciones de los prestadores de servicios

Los artículos 9 a 12 de la Ley venían a recoger toda una serie de obligaciones de los prestadores de servicios, si bien éstos se han visto sustancialmente modificados por la Ley 56/2007, que, entre otros cambios, ha venido a derogar el art. 9, referido al deber de inscripción registral y el art. 12, que imponía un deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas; y añade un artículo 12.bis, con ciertas obligaciones de información sobre seguridad. El art. 10, por su parte, recoge

[51] "Libertad de expresión y pluralismo…", *op. cit.*, cit. en pág. 170.

una serie de deberes de información general –fundamentalmente de los datos identificativos de los prestadores de servicios-. El art. 11 de la Ley impone unos deberes de cooperación pero en este caso únicamente a los servidores de intermediación. Aunque regulados en un Título distinto, el art. 36 impone un deber específico de colaboración de los prestadores de servicios con las autoridades administrativas en el ejercicio de las potestades de inspección y control que en el mismo Título se le reconocen.

Pues bien, como comentario general, en principio, incluso en los servicios amparados por la libertad de expresión, puede admitirse la imposición de ciertas cargas u obligaciones sobre sus prestadores, siempre y cuando éstas se encuentren suficientemente justificadas y resulten proporcionadas. Así, por ejemplo, es asumible la conveniencia de que se imponga sobre los “prestadores de servicios de intermediación” esas obligaciones de información sobre los distintos sistemas de seguridad y filtrado.

Más dudosas son, sin embargo, las potestades de control e inspección que la Ley impone en su Título VI, junto con una obligación de los prestadores de servicios de colaborar (art. 36), cuando esté afectada la libertad de expresión. En servicios que suponen el ejercicio de la libertad de expresión, estas posibilidades de control e inspección pueden resultar exorbitantes y producir un “*chilling effect”* en los prestadores de tales servicios. Aquí deberíamos tener en cuenta los casos de la *Loi Fillon* o el caso *Bantam Books v. Sullivan* (372 US 58, 1963)[52], que llevaron a la declaración de inconstitucionalidad de normas que apoderaban a órganos administrativos para dar directrices o recomendaciones sobre lo que podía ser publicado, algo que en este caso nos llevaría a poner seriamente en duda la constitucionalidad de esta potestad de control e inspección que reconoce la LSSICE.

Y, por supuesto, donde todas estas obligaciones sí que resultan absolutamente desproporcionadas es cuando vienen impuestas a particulares. En tales casos considero que incluso las más mínimas obligaciones de información que impone el art. 10, han de ser consideradas inconstitucionales. El hecho de que en una página personal o en un blog se pueda incluir un pequeño espacio publicitario que proporcione unos exiguos beneficios no puede llevar a que sus titulares tengan que prestar todos esos

[52]Decisión del Consejo Constitucional francés nº 96-378 DC du 23 juillet 1996 y Sentencia del Tribunal supremo norteamericano 372 US 58, 1963, respectivamente.

ISBN 978-84-694-0081-4

datos de "información general" (nombre, domicilio, correo electrónico…), los cuales pueden afectar muy directamente a su intimidad y, desde luego, anulan cualquier mínimo derecho al anonimato.

Por último, de entre todas estas obligaciones destaca el deber de colaboración impuesto por la Ley a los prestadores de servicios de intermediación y que se concreta en la obligación de éstos de atender las órdenes de interrupción de un determinado servicio dadas por el "órgano competente". En definitiva, simplemente lo que impone esta norma es el deber de los prestadores de servicios de intermediación de colaborar con la autoridad a los efectos de hacer valer sus resoluciones -y ello a través de los medios técnicos que sean posibles-. Esto, en principio, no tiene por qué presentar problemas de constitucionalidad.

d) Régimen de responsabilidad

La LSSICE viene también a fijar unas normas sobre la determinación de la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación -por lo cual afectando a servicios en principio amparados por la libertad de expresión-. Lo que a nosotros nos importa de este régimen simplemente es hacer alguna consideración en línea de principios acerca de los efectos que el mismo puede tener sobre el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, debemos llamar la atención de que, como dijimos en su momento, un régimen de atribución de responsabilidad demasiado exigente sobre los prestadores de servicios de intermediación puede convertir a estos en verdaderos censores.

En este punto, parece correcta la dirección marcada por la Unión Europea de no responsabilizar a los prestadores de estos servicios más que por los contenidos propios y por aquellos otros en los que hubiera tenido posibilidad de controlar una vez que hubiera tenido "conocimiento efectivo" de su carácter ilícito. No obstante, hay cuestiones todavía problemáticas. Particularmente el hecho de clarificar cuándo se considera que el prestador de los servicios ha tenido ese "conocimiento efectivo" de que albergaba contenidos ilícitos sobre los que debía actuar. Y es que no se puede obligar a los prestadores de los servicios a que tengan que distinguir entre lo que es o no ilícito, so pena de convertirlos, como decía, en auténticos "censores".

ISBN 978-84-694-0081-4

e) Códigos de conducta y mecanismos extrajudiciales de conflictos

La LSSICE en su artículo 18 insta a la Administración a impulsar Códigos de conducta que sirvan de base para la autorregulación del propio sector y en cuyo contenido se regulen cuestiones como los “procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos” y también el establecimiento de “procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos” y medidas al respecto de la “protección de menores y de la dignidad humana”. Asimismo, la Ley llama también a estimular el establecimiento de criterios “acordados por la industria” para la clasificación y etiquetado de contenidos.

Simplemente señalar aquí el riesgo que también presenta una excesiva confianza en estos sistemas de autorregulación, ya que pueden terminar dejando en manos de instituciones ademocráticas y comerciales la regulación y el control de la Red.

En este punto hay que reconocer como positiva la llamada que tanto la Directiva europea como la Ley nacional hacen a la participación de asociaciones de consumidores. Sin embargo, probablemente el Legislador debiera ser más celoso e, incluso, marcar él las pautas para la determinación de aquellos contenidos que han de ser considerados como nocivos, no dejando tal decisión en manos de la industria, lo que le otorga a ésta una legitimidad que en nada posee.

Los Códigos de conducta se pueden convertir en la nueva “Ley de Internet” si en ellos se confía el determinar lo que es o no nocivo y si encima son los propios prestadores de servicios los encargados de ejecutar tales controles. Algo sin duda muy peligroso para el pluralismo en la Red y ante lo que la libertad de expresión, como garantía de una opinión pública libre, llama a una intervención estatal más rigurosa en el control del propio sector privado.

f) El régimen sancionador

La LSSICE regula un régimen sancionador en su Título VII, lo que sin lugar a dudas debe ser examinado cuidadosamente en términos constitucionales cuando se vea afectada la libertad de expresión. En tales casos, la posibilidad de establecer un régimen administrativo sancionador que pudiera reprimir actuaciones *prima facie* amparadas por la libertad de

ISBN 978-84-694-0081-4

expresión, nos repugna por un doble motivo: en primer lugar, porque podría suponer una quiebra del "principio de indiferencia" del medio a la hora de regular la libertad de expresión, ya que, sin que en Internet concurran causas específicas, se estaría imponiendo un régimen especial restrictivo de la libertad. Más allá, en Internet la regulación debe tender especialmente a la salvaguarda de su naturaleza como "espacio libre" para la discusión y el intercambio de ideas, y no a su represión. Y, en segundo lugar, porque al mismo tiempo se estaría menoscabando el principio en virtud del cual el control sobre el ejercicio de la libertad de expresión debe residir en los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, en este caso parece que el régimen regulado no afecta de manera directa a la libertad de expresión, ya que al analizar las conductas tipificadas comprobamos como en realidad no se tipifican más que conductas de "desobediencia" a las órdenes de la autoridad competente –el resto de casos son supuestos fundamentalmente de incumplimientos de deberes relacionados con el comercio electrónico y las comunicaciones comerciales-. No se sanciona que el prestador hubiera difundido o permitido contenidos ilícitos, sino por no haber cumplido con esa obligación legal estrictamente formal[53].

En cualquier caso, al menos sí que debe ser criticada la desorganizada concurrencia de diversos regímenes de responsabilidad (civil, penal, administrativa, pero también mercantil), sobre estas actividades y servicios, lo que podría tener unos efectos disuasorios o paralizantes nocivos para el libre ejercicio de la libertad de expresión.

2. 3. El olvido de las libertades de expresión e información en las "comunicaciones comerciales por vía electrónica"

La LSSICE dedica todo un Título III a la regulación de las "comunicaciones comerciales por vía electrónica". Una regulación cuyos rasgos característicos serían su fuerte intervencionismo y su absoluto olvido de que la misma puede estar amparada por las libertades de expresión y de información.

---

[53] A este respecto, véase VALERO TORRIJOS, J., "Responsabilidad administrativa…", *op. cit.*, pág. 90.

ISBN 978-84-694-0081-4

La Ley impone un régimen adicional, suma toda una serie de restricciones para las “comunicaciones comerciales” por la única razón del medio a través del cual se realizan –vía electrónica-. Entre las medidas más contundentes destaca la prohibición general de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación equivalentes cuando previamente no hubieran sido solicitadas (art. 21). Esto trasladado al mundo físico sería tanto como prohibir el “buzoneo”.

Aquí la legislación española ha ido más allá de lo que le impone la Directiva comunitaria que únicamente exige la imposición de ciertos deberes para que se dé una “identificación clara” de la publicidad y de mecanismos para que los usuarios puedan oponerse al envío de “comunicaciones comerciales” indeseadas.

En cuanto a la crítica constitucional de esta regulación, indicar en primer lugar que la “comunicación comercial” es un modo concreto de “difusión de información” y como tal estaría *prima facie* amparado por la libertad de expresión. Su regulación puede admitir determinadas peculiaridades dada la especial naturaleza de su “contenido” y “objeto”, pero ello no le lleva a una desprotección.

Así las cosas, considero que la prohibición taxativa de cualquier “comunicación comercial por vía electrónica” no solicitada previamente resulta desproporcionada. Se pueden articular otras medidas mucho menos lesivas y que permiten igualmente garantizar el interés de los usuarios cuya tutela se pretende, como son por ejemplo las “listas de exclusión voluntaria”. Además, nos encontramos nuevamente con un ejemplo de una regulación más incisiva y penetrante de una actividad vinculada con la libertad de expresión por la mera razón del medio a través del que se realiza. Un nuevo ejemplo de la tendencia restrictiva con la que el Legislador está tratando justo a un medio como Internet que demanda exactamente lo contrario, que llama a la flexibilidad y al levantamiento de controles.

2. 4. Valoración final

Nos encontramos con una Ley que nace con un notable tinte “comercial” pero que, sin embargo, en su aplicación muestra una profunda vocación general, hasta el punto de ser considerada como la “Ley de Internet”. En lo que se refiere a su contraste constitucional con la libertad de

ISBN 978-84-694-0081-4

expresión mantiene una defectuosa técnica y diseño legislativo. El Legislador debiera haber sido mucho más sensible con la libertad de expresión a la hora de pretender una regulación tan general de un medio de la importancia de Internet. Sin embargo, bien por falta de diligencia, bien por desconocimiento o bien de manera dolosa, nuestro Legislador mediante esta Ley ha impuesto un diseño comercial de la Red.

3. El Legislador y los riesgos para la libertad de expresión (2). La Disposición Final Segunda de la Ley de Economía Sostenible: "La Ley de la patada en el router".

3. 1. Objeto de la Ley

La controvertida DF 2ª del Proyecto de Ley de Economía Sostenible[54], en adelante, la Ley[55], tiene por objeto "introducir un régimen de protección de la propiedad intelectual (…) que tome en consideración tanto las necesidades de una actuación ágil y efectiva frente a las vulneraciones de la misma realizadas mediante la puesta a disposición de contenidos en la web, como las garantías de los derechos que pudieran verse afectados y, muy especialmente, la intervención judicial en garantía de la libertad de expresión e información"[56]. Esta ley ha sido finalmente aprobada como Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible

En definitiva, lo que pretende es dar protección a los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de Internet a través de la creación de un procedimiento administrativo específico, lo cual como la propia Exposición de Motivos reconoce implicará una afectación sobre las libertades comunicativas que no puede ser desconocida por tal regulación.

Entonces, toda vez que la libertad de expresión se va a ver claramente afectada por esta regulación, nuestro cometido será así el de comprobar si el Gobierno ha cumplido fielmente con su deber (y "deseo") de adecuar la regulación presentada a las garantías y límites constitucionales. Para ello

---

[54] El proyecto de Ley se puede encontrar en la página web que el Gobierno de la Nación ha creado sobre el mismo: http://www.economiasostenible.gob.es/wp-content/uploads/2010/03/01_proyecto_ley_economia_sostenible.pdf

[55] En el presente trabajo hablaré generalmente de la "Ley" por razones de economía del lenguaje, aunque como ha quedado dicho se trata todavía de un "Proyecto de Ley".

[56] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley.

ISBN 978-84-694-0081-4

analizaremos en primer lugar el procedimiento que crea y luego entraremos a hacer la correspondiente valoración del mismo.

3. 2. Descripción del procedimiento de protección de los derechos de propiedad intelectual

Esta propuesta normativa lo que viene es a crear un procedimiento administrativo *ad hoc* para la protección de los derechos de propiedad intelectual, pero únicamente en el marco de los servicios de la sociedad de la información. Esta tutela se alcanzará, en su caso, mediante la interrupción de la prestación de los servicios de la sociedad de la información o la retirada de Internet de los datos que estuvieran vulnerando ese derecho a la propiedad intelectual. Y todo ello "sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes".

El conocimiento de este procedimiento se atribuye al Ministerio de Cultura y, en concreto, a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante CPI), creada a estos efectos y que deberá actuar conforme a los principios de "celeridad", "objetividad" y "proporcionalidad".

Con respecto a la composición y funcionamiento de esta Sección de la Comisión, la Ley se remite al desarrollo reglamentario sin fijar ninguna regla ni siquiera básica. Por lo que hace al procedimiento, también se remite en buena medida a la regulación reglamentaria.

Lo que sí que regula la Ley es que, adoptada la decisión por la Comisión acerca de la vulneración del derecho a la propiedad, para la ejecución de los actos –es decir, la decisión de interrupción de un servicio o de retirar unos contenidos- se requerirá de "previa autorización judicial", en cuanto se pueden ver afectadas las libertades comunicativas garantizadas por el art. 20 CE. Ésta se encomienda a los "Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo" de la Audiencia Nacional, que resolverán por medio de auto en unos plazos perentorios que la propia Ley impone.

Este procedimiento de previa autorización levanta algunas dudas que no termina de perfilar adecuadamente el proyecto de texto legal. En primer lugar, no queda del todo definido si la Comisión deberá requerir esa "previa autorización" en todo caso, o únicamente en aquellos supuestos en los que ésta entienda que pueden verse afectadas con su decisión las libertades

comunicativas. El Consejo de Estado pide claridad en este punto[57]. El Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), por su parte, haciendo una interpretación general de la norma concluye que la Comisión deberá recabar la autorización judicial "en todos los casos"[58].

Pero lo que tampoco queda claro es la función última de esta autorización judicial. Nos dice la Ley que tal autorización será requisito necesario para la "ejecución" de la decisión y que su finalidad es proteger las libertades de expresión e información. Sin embargo, nada dice sobre la naturaleza y valor de esta intervención judicial. El CGPJ entiende que este procedimiento no se puede considerar como un "recurso frente a un acto o disposición emanado de una autoridad u órgano administrativo"[59]. No se trata de un "juicio revisor" del fondo de la medida.

Considera entonces el CGPJ que el procedimiento que viene a instaurar la Ley tendría una naturaleza análoga a la de otros procedimientos ya existentes por los que un órgano judicial simplemente "autoriza" o "ratifica" medidas previamente adoptadas por un órgano administrativo[60]. Ahora bien, en los supuestos de autorización judicial para la ejecución de un acto que puede afectar a un derecho fundamental, ésta se fundamenta en la comprobación de si es "adecuada" tal intervención restrictiva de nuestras

---

[57] Dictamen del Consejo de Estado núm. 215/2010, sobre el "Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible". Disponible en la página web:

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2010-215

[58] Informe del Consejo General del Poder Judicial de 28 de enero de 2010, al "Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible". Disponible en la página web: http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/pjexaminarinforme.html&TableName=PJINFORMES&dkey=530

[59] *Ibídem* (cit. en pág. 19)

[60] Es el caso, por ejemplo, de la autorización para la entrada en domicilios y otros lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública (artículo 8.6 LJCa); o en los supuestos de ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública y que puedan implicar privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental (art. 8.7 LJCa); o para la entrada e inspección de domicilios y locales acordadas por la Comisión Nacional de Competencia si su titular se opusiera. Se trataría, según lo caracteriza el CGPJ, de "un control judicial en sede de ejecución o articulación material de las medidas adoptadas por determinado órgano de la Administración, cuando dichas medidas vayan a afectar –o puedan afectar- a ciertos derechos o libertades fundamentales" – Vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial de 28 de enero de 2010, al "Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible por la que se modifica la LO 6/1985, del Poder Judicial". Disponible en la página web: http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm

libertades y derechos fundamentales. Se presupone que se está afectando a un derecho fundamental y entonces esta autorización es una cautela para evitar arbitrariedades por parte de la Administración, siendo la autoridad judicial la que pondera la “necesidad” o “proporcionalidad” en la adopción de tales medidas restrictivas.

Sin embargo, en este sistema de autorización no estoy seguro que sea ésta la finalidad de la misma. El hecho de haberla configurado como una autorización para el ejercicio del acto administrativo abonaría entender que se trataría de un juicio de este tipo. Pero, cuando ahondamos en la *ratio* de la exigencia de tal autorización judicial, la conclusión puede cambiar.

Vemos como esta autorización judicial se fundaría, como ha dicho el CGPJ, “única y exclusivamente en la no afectación de los derechos y libertades del artículo 20 CE”. Por tanto, si entendemos esto de manera estricta, parece que aquí el texto normativo lo que está encomendando al Juez es simplemente que haga una labor de delimitación de la libertad de expresión –además una labor de delimitación *prima facie*-[61]. La Ley, consciente de que en su regulación pueden haber supuestos en los que se afecte a la libertad de expresión y otros en los que no, sabedora de las garantías constitucionales que revisten a esta libertad y que vedan la intervención administrativa cuando ella se vea implicada; encomienda al Juez que delimite *ad casum* si está o no en juego la libertad de expresión.

La cuestión no es bizantina, sino que en mi opinión debe tener unas consecuencias prácticas importantes sobre el “valor” de tal autorización. Mientras que en los primeros supuestos la autorización judicial se limita a decidir sí, admitiendo que está afectándose un derecho fundamental, tal intervención es adecuada; aquí, el Juez lo que decidiría es distinto. En este caso el Juez si considerara que está en juego la libertad de expresión, tendría que no autorizar su ejecución, pero, además, en puridad debería considerar “nulas” las actuaciones de la Administración, ya que ésta habría controlado el ejercicio de esta libertad –aunque no lo ejecute materialmente-, algo que en principio tiene vedado constitucionalmente. En los primeros

---

[61] En este sentido, LLANEZA GONZÁLEZ al estudiar este nuevo procedimiento cree que el Juez lo que viene a hacer es “valorar si hay o no afectación de derechos fundamentales y, si no los hay, ejecuta la resolución administrativa en sus propios términos. En paralelo irá el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión, si lo interpone el titular de la web”. En “Porra sobre la Ley Sinde”, publicado en su propia bitácora. Accesible en la página web: http://bitacora.palomallaneza.com/2010/01/07/porra-sobre-la-ley-sinde/

ISBN 978-84-694-0081-4

supuestos se comprueba si es adecuada la limitación de un derecho fundamental; mientras que este sistema de autorización judicial lo que se revisa es que no se vea afectado un derecho fundamental. Quede así el planteamiento del problema y abundaré en estas reflexiones en la valoración de la Ley.

3. 3. Valoración constitucional

Una vez descritas las novedades que pretende introducir este Proyecto de Ley, cogemos ahora el "cedazo constitucional" para pasar por el mismo a ésta y comprobar su adecuación a los principios y normas de nuestra Carta Magna –o últimamente no tan "magna" vistos los jacobinos envites que viene sufriendo-.

Ahora bien, a pesar de que el análisis constitucional de estos textos normativos lo vengo realizando dentro del marco dado por aquellos supuestos en los que se vea afectada la libertad expresión; sin embargo, en este caso debo alejarme del guión y tendré que entrar a valorar también una dolencia constitucional que presenta esta propuesta normativa de tipo general, la cual afecta a todo su diseño con independencia de que se vea afectada o no la libertad de expresión. Y es que, de inicio, el procedimiento que pretende instaurar esta norma podría vulnerar el principio de separación de poderes, lo que, más allá de las consideraciones aquí realizadas en el presente estudio, invalidaría constitucionalmente esta propuesta normativa *ex radice*.

Por otro lado, sí que dejaré fuera del presente estudio algunas otras dolencias de menor calado que también presenta esta norma de manera tangencial, como son las dudas de constitucionalidad que plantea algún precepto por su afectación a la intimidad y a la protección de datos[62].

a) La fuerza de los mercaderes. Una dirección equivocada en las relaciones derecho de propiedad y libertad de expresión

[62] Sobre esta cuestión, véase el informe jurídico elaborado por la asociación "Derecho en Red", disponible en la página web: http://derechoynormas.blogspot.com/2010/01/analisis-de-la-disposicion-final.html

ISBN 978-84-694-0081-4

Al afirmar la libertad de expresión en el marco de la sociedad de la información, es necesario reconsiderar concepción tradicional de esta libertad para darle protección al proceso comunicativo en su máxima extensión. Una libertad que, al socaire de las posibilidades de la sociedad de la información, debía fundarse sobre la base de la "cultura democrática". Siguiendo a Balkin podemos considerar que la libertad de expresión debe ampliarse para ir mucho más allá de la clásica libertad de difundir información, ideas y opiniones; ésta es ahora una libertad para participar en el proceso de formación cultural, que incluiría entre sus facultades las de "publicar, de distribuir, de interactuar con otros e intercambiar ideas, de apropiarse de los materiales culturales y de combinarlos y compartir los resultados, de producir cultura". "*Freedom is bricolage*"[63].

Si así lo asumimos, el objeto de esta Ley debe entonces repugnarnos. Sin negar de manera radical el derecho a la propiedad intelectual[64], y reconociendo, como lo hace el Ministerio Fiscal[65], que es "comprensible" que se trate proteger a este derecho frente a las vulneraciones que pueda sufrir a través de los servicios de la sociedad de la información; sin embargo, la forma como se pretende lograr –creando un régimen de protección privilegiado- y la primacía de los derechos de propiedad intelectual que esta Ley quiere imponer, resultan desde mi punto de vista odiosos. La Ley olvida que entre los derechos constitucionales la propiedad es un derecho especialmente "débil" y supone un ejemplo sobresaliente de la nefasta tendencia de "propietarización" de las relaciones sociales que denuncia Bóix Palop[66]. La escala de "valores" de nuestros "(ir)responsables" políticos se muestra francamente equivocada –y "comercializada"-.

---

[63] Vid. BALKIN, J. M., "Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society", *New York University Law Review*, Núm. 79-1, Abril, 2004. Accesible en la página web: http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/telecom/digitalspeechanddemocraticculture.pdf

[64] En este punto, resulta llamativo el artículo publicado por Rodríguez Ibarra en "El País" con el título "Fregonas y maletas de ruedas", publicado el día 5 de enero de 2010. En él, el ex Presidente de la Junta de Extremadura, afirma que: "Si la propiedad intelectual es discutible e incluso se puede negar desde una concepción de izquierdas, no niego que, por juntar palabras que no son nuestras o por unir imágenes que tampoco lo son, se tenga derecho a recibir algún tipo de remuneración en forma de lo que se conoce como derecho de autor". Muestra así una postura cercana a la sostenida por BALKIN.

[65] Informe del Consejo Fiscal, de 12 de febrero de 2010, al "Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y Anteproyecto de LO complementaria de la Ley de Economía Sostenible". Disponible en la página web: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/02/15/informe.pdf

[66] "Derechos de propiedad y garantía del pluralismo…", *op. cit.*, págs 85-86.

ISBN 978-84-694-0081-4

b) El olvido de Montesquieu: Rancio olor a “Antiguo Régimen” en el diseño del nuevo procedimiento

Más allá de las críticas que puedan hacerse a la propia fundamentación del proyecto normativo; la regulación que el mismo realiza y los “excepcionales” procedimientos de tutela administrativa que “inventa”, no tienen tampoco desperdicio desde un punto de vista constitucional –o más bien desde su inconstitucionalidad-.

En primer lugar, constatamos que la Ley lo que viene es principalmente a crear un procedimiento especial de carácter administrativo para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. No es que estos derechos estuvieran desprotegidos, ya existían, como la propia Ley hace notar, una protección civil y penal de los mismos. Sin embargo, esto parece que se le queda corto a unos políticos prestos a “interesarse” por las inquietudes de los *lobbies* empresariales y otras elites con línea directa gubernamental. Así que, de esta guisa el Gobierno promueve crear este procedimiento administrativo *ad hoc* para lograr una tutela adicional a estos derechos más “ágil y efectiva” –y quién sabe si también más “arbitraria”[67]-.

El problema es que este *tertium genus* tiene difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, queda por supuesto excluido de ser considerado como una actividad de fomento ni como una actividad de servicio público. Lo más parecido sería, por tanto, considerarlo como una actuación de policía administrativa, pero resulta que tampoco cumpliría con los estándares para poder ser encajado en tal categoría.

---

[67] Cuando uno actúa con “reserva mental” siempre es difícil demostrar sus verdaderos motivos, pero quien sabe si en esa pretensión de “agilidad” y “efectividad” no está también el deseo de las compañías comerciales de que la Administración les reconozca, en cuanto a la protección de los derechos de propiedad intelectual, cuestiones que hasta el momento los Jueces venían negando, más sensibles estos últimos con la escala de valores constitucional y no con la “mercantilista” que inspira esta Ley. Si lo que se quería era más “agilidad” y “efectividad” simplemente podrían haber dotado de más medios a la Justicia.

Así lo ha entendido también DAVID MAEZTU que en comentario que dedica en su blog “Del Derecho y las normas” a esta Ley afirma que: “Desde un principio ha sido manifiesto que toda esta iniciativa tiene por objeto conseguir por la vía administrativa lo que los jueces no están concediendo en la judicial y esta propuesta de procedimiento viene a demostrar este hecho, lo que importa es que el juez no se entrometa en las interpretaciones jurídicas de una de las partes.”. (http://derechoynormas.blogspot.com/2010/01/ya-tenemos-intervencion-judicial-previa.html)

ISBN 978-84-694-0081-4

Este procedimiento *sui géneris* no es, estrictamente, un procedimiento sancionador, sin embargo se le parece mucho, tanto por el tipo de procedimiento como, sobre todo, por las medidas a adoptar a resultas del mismo. Como sostiene Chaves García "o este acto de gravamen no es una sanción, y por tanto se ha creado una figura insólita en el Estado de Derecho (las cuasisanciones de plano) o es una sanción y como tal deberá respetar todos los principios propios de una potestad sancionadora (tipicidad, culpabilidad, irrectroactividad, presunción de inocencia, prescripción, proporcionalidad…)"[68].

Por otro lado, este procedimiento también se acerca a una actividad de arbitraje administrativo. Aunque la Ley se esfuerza notablemente en tratar de hacer parecer que el procedimiento que crea se trata de una actividad de tutela, de una acción en salvaguarda de un derecho; sin embargo, si ahondamos en la naturaleza del conflicto en juego, veremos claramente cómo aquí lo que nos encontramos es con una verdadera "*litis inter partes*". Con una controversia entre derechos y libertades privados, con la peculiaridad de que el órgano resolutor es administrativo.

De esta manera, a resultas de lo expuesto, nos encontramos con que el núcleo de la controversia objeto del proceso es la resolución de una *litis inter partes* de índole privada, por tanto, se asimilaría a una actividad arbitral de la Administración; pero, el revestimiento del procedimiento –focalizado en la salvaguarda de un derecho concreto de una de las partes- y la decisión –intervención o bloqueo de un servicio en caso de que se entienda vulnerado tal derecho-, presentan sin embargo una naturaleza más propiamente "sancionadora". Lo dicho, un *totum revolutum*.

Por lo que hace entonces a las consecuencias constitucionales de tal caracterización, la Ley lo que ha hecho ha sido crear un procedimiento *sui géneris* atribuyendo una potestad esencialmente jurisdiccional, como es la tutela de un interés privado, a una Comisión ministerial de desconocida composición; lo que supone una grave quiebra del principio constitucional de "separación de poderes". A lo que se puede añadir la vulneración del art. 117.6 CE, al crear una suerte de "tribunales de excepción" no jurisdiccionales para conocer de controversias de estricta naturaleza privada. Y todo ello en

---

[68] En "Cuatro leyes buscadas por el autor frente a las descargas ilegales: Modelo para armar", publicado en el Blog "contencioso"; accesible en la página web: http://contencioso.es/2010/01/09/cuatro-leyes-buscadas-por-el-autor-frente-a-las-descargas-ilegales-modelo-para-armar/

ISBN 978-84-694-0081-4

un procedimiento paralelo a aquellos procesos jurisdiccionales que por la vía civil y penal se reconocen para la tutela de ese mismo derecho, lo que podrá presentar problemas de "seguridad jurídica" ante la posibilidad de que se den resoluciones contradictorias y procedimientos solapados con idénticos objetos.

Pero, además, la Ley reconoce una potestad a la Administración sin que concurra ni tangencialmente un interés público que la fundamente, algo que se presenta como requisito necesario para el ejercicio de cualquier actuación administrativa, aunque sea de tipo arbitral.

Si a ello añadimos su dimensión "pseudo-sancionadora", el diseño del procedimiento no cumpliría con los estándares mínimos constitucionales, ni formales ni materiales, exigidos para todo procedimiento de esta naturaleza. Materialmente, no encontraría justificación la atribución de esta potestad pseudo-sancionadora a la Administración, dado que no está en juego ningún elemento ateniente al orden o interés público[69]. Desde un punto de vista formal, mal puede cumplir la regulación legal con las exigencias mínimas del principio de legalidad –así lo han dicho tanto el Consejo de Estado, como el CGPJ, como el Consejo Fiscal en cuyos informes y dictámenes consideran excesivamente vaga la regulación tanto de la composición de la Sección de la Comisión encargada de sustanciar el procedimiento, como del propio procedimiento-; a lo que sumar que parece que en el mismo tampoco se tienen en cuenta el resto de principios –tipicidad, proporcionalidad, culpabilidad…-.

c) ¿Y qué hay de la libertad de expresión?

[69] De hecho, esto llama la atención del Consejo Fiscal que al analizar la introducción de la "salvaguarda de la propiedad intelectual" en el art. 8.1, el cual recoge supuestos como el orden público, la investigación penal, la seguridad pública, defensa nacional, y otros intereses públicos; pone entonces en duda que la propiedad intelectual deba "ponerse a la misma altura que el resto de bienes jurídicos protegidos". Compartimos aquí la apreciación realizada por el Ministerio Público. Resulta francamente reprochable poner a la misma altura bienes como la salvaguarda del "orden público" o de la "dignidad humana", con el "derecho de propiedad". Sin embargo, no critico en sí su inclusión en el art. 8. Como planteaba al analizar el mismo, éste "pecaba por defecto" y debería haber reconocido la posibilidad de acordar tales medidas ante cualquier género de ilícito cometido a través de un servicio de la sociedad de la información. Lo que sí que resulta criticable es que el Gobierno haga ahora esa mínima reforma parcial y siga sin tener en consideración a estos efectos otros derechos privados dignos de igual o más protección –mencionábamos los derechos a la propiedad industrial, pero también el derecho al honor o a la intimidad en su tutela civil-.

ISBN 978-84-694-0081-4

Las conclusiones anteriores son ya lo suficientemente contundentes como para desterrar de plano esta propuesta normativa, sin embargo todavía podemos seguir indagando en el mismo desde el punto de la afectación a la libertad de expresión y el respeto (o falta de respeto) a las garantías constitucionales que la amparan.

Después de la "ciberrevolución" que provocó el Anteproyecto de esta Ley, el Gobierno quiso hacer parecer que había comprendido que la "libertad de expresión" jugaba también este "partido". Incluso introdujo en la Exposición de Motivos que este procedimiento de salvaguarda de la preciada "propiedad intelectual" tendría en consideración no sólo la "agilidad" y "eficacia" en su protección, sino también "las garantías de los derechos que pudieran verse afectados y, muy especialmente, la intervención judicial en garantía de la libertad de expresión e información".

Este deseo de conjugar la tutela del derecho a la propiedad intelectual con el respeto a las libertades de expresión e información, se tradujo entonces en la invención del procedimiento de autorización judicial previa para la ejecución de las decisiones adoptadas por la Comisión, en los términos ya detallados. Un sistema que deja muchas lagunas abiertas y que nuevamente presenta, como hemos visto, dudas sobre su naturaleza y valor. Parece que el Gobierno estuvo "creativo" en la invención de procedimientos *sui géneris*, pero lo que no está tan claro es que con la Constitución en la mano estuviera demasiado "acertado".

En este procedimiento previsto como garantía para la libertad de expresión, concluíamos que el Juez lo que viene a hacer es valorar si está en juego la libertad de expresión. En caso de estimar que la decisión afecta a la libertad de expresión, entonces denegaría la ejecución; si considera que ésta no se ve involucrada, entonces la autorizaría en los propios términos en que la misma hubiera sido dictada. Es cierto que en este procedimiento habrá ocasiones en las que sí que se pueda ver involucrada la libertad de expresión y otras en las que no; y lo que hace es encargar que sea el Juez el que realice tal delimitación.

Partiendo de estas premisas, llega ahora así el momento de entrar de lleno en el análisis constitucional del diseño legal ofrecido para verificar si cumple suficientemente con las garantías constitucionales que amparan ejercicio de la libertad de expresión. Por tanto, reitero que las conclusiones que aquí realicemos se centran en aquellos casos en los que se vea afectada

ISBN 978-84-694-0081-4

la libertad de expresión. Para el resto de supuestos no sería necesario que se respetaran las garantías que aquí vamos a afirmar.

Así las cosas, en principio nos encontramos con un procedimiento represivo, de control a posteriori sobre unos particulares contenidos ilícitos en Internet. Por lo que, de esta manera, no puede entenderse proscrito por la prohibición de "censura previa". Ahora bien, incoado el procedimiento ante la CPI, se puede plantear la posibilidad de que ésta pretendiera adoptar la decisión cautelar de interrupción de servicios o de bloqueo de contenidos. En aquellos casos en los que las mismas afectaran a la libertad de expresión, nos encontraríamos entonces ante un supuesto claro de *"*secuestro de publicaciones*"* en Internet, para el que nuestra Norma Fundamental impone una reserva de jurisdicción.

Ello nos obliga a preguntarnos entonces si la autorización judicial para la ejecución de una medida cautelar que reconoce el texto normativo respeta suficientemente esta reserva de jurisdicción. En mi opinión creo que no. Y es que la Constitución impone taxativamente que la medida de secuestro debe "acordarse" únicamente "en virtud de resolución judicial". Sin embargo, en este caso en realidad la decisión de secuestro está siendo adoptada por la CPI, y no por un órgano judicial. La autorización judicial se limita a impedir la ejecución de la decisión. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 144/1987 (FJ. 3º), ante una orden de cierre de una emisora sin licencia que había sido acordada por la Administración, pero con autorización judicial para su ejecución; reconocía indirectamente que, en el caso de estar ante un supuesto amparado por esta garantía –en el caso en concreto decide el Tribunal que no lo estaba por darse sobre una emisora y no sobre el soporte del mensaje comunicativo-, la Constitución exige que la decisión para su adopción fuera de naturaleza judicial[70]. Así, es necesario hacer una lectura estricta de la letra de la Constitución, la cual nos lleva inexorablemente a exigir que sea la autoridad judicial la que de manera efectiva enjuicie y decida si de forma cautelar deben o no adoptarse tales medidas restrictivas de la libertad de expresión.

Por otro lado, cuando la decisión de cierre o bloqueo sea definitiva, poniendo fin este procedimiento de control *a posteriori*; ya no operarían ni la

---

[70] En concreto, afirmaba el Tribunal Constitucional replicando las alegaciones de parte: "Es cierto, en efecto, que el precintado de las instalaciones de la radioemisora se opera con autorización judicial, pero no en virtud de una resolución de esta naturaleza, sino en ejecución de un acuerdo administrativo." (FJ. 3º).

ISBN 978-84-694-0081-4

prohibición de censura previa ni la exigencia de secuestro judicial como garantías específicas de la libertad de expresión. Sin embargo, entiendo que constitucionalmente podemos afirmar una suerte de “reserva de jurisdicción” también en el control *a posteriori* de los contenidos, que llamaría a que el control sobre el ejercicio de la libertad de expresión deba ser realizado por órganos jurisdiccionales, siendo éstos los que deban valorar si se ha producido una transgresión de los límites materiales de esta libertad pública.

Esta reserva de jurisdicción que aquí afirmamos afectaría no sólo a la ejecución de una medida definitiva que pudiera resultar restrictiva de la libertad de expresión –como son las órdenes de cierre o bloqueo mencionadas-, sino que en su más pura esencia lo que trata de prevenir directamente es que sea la Administración la que “enjuicie”, la que emita un juicio sobre aquello que es o no es libertad de expresión. Proscribe que sea la Administración la que pueda decretar si una actuación que *prima facie* está amparada por el ejercicio de esta libertad, resulta o no legítima por haber excedido sus límites externos.

Estas consideraciones últimas parecen, además, que son asumidas incluso por el propio texto normativo, igual que decíamos respecto de la LSSICE. Este proyecto de Ley impone que en aquellos casos en los que se vea afectada la libertad de expresión, no cabrá intervención Administrativa alguna, ni cautelar ni definitiva; y por ello crea ese procedimiento de autorización judicial para delimitar cuando está o no afectada esta libertad. De esta manera, indirectamente está reconociendo la reserva jurisdiccional aquí afirmada.

El problema está entonces en que la Ley no lleva hasta sus últimas consecuencias esta reserva jurisdiccional, ya que el corolario inmediato sería que cualquier actuación administrativa limitativa de esta libertad devendría nula por vulneración de las garantías de un derecho fundamental. La Ley, por su parte, lo que hace es únicamente impedir que tal decisión de la Administración sea ejecutada, la deja sin que pueda surtir efectos materialmente, pero no la anula ni declara ilegítimo todo el procedimiento administrativo previo en el que se ha podido controlar el ejercicio de la libertad de expresión.

Si la libertad de expresión sólo se viera afectada por la ejecución material de la decisión, entonces el sistema diseñado de autorización judicial podría ser suficiente constitucionalmente. Eso es lo que ocurre en los ejemplos mencionados sobre los que este diseño se fundamenta: cuando la

ISBN 978-84-694-0081-4

autoridad administrativa competente solicita autorización judicial para ejecutar un acto administrativo que requiere la entrada en un domicilio particular, el derecho a la intimidad protegido sólo se ve afectado por la ejecución de la medida. Igual ocurre, por ejemplo, cuando la autoridad sanitaria ordena ciertas medidas que, por afectar a la integridad física, requieren de autorización judicial. Ahora bien, en nuestro caso la cuestión es distinta y, en mi opinión, considero que la libertad de expresión se va a poder ver afectada no sólo por la ejecución de las medidas, sino que, más allá, el mero enjuiciamiento ya compromete la misma –y ello aunque luego la decisión no se ejecutara materialmente-.

Lógicamente, la libertad de expresión se "puede" ver afectada por la ejecución de las medidas de "interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información" o por la "retirada de los contenidos" de una página web. Digo que se "puede" ver afectada, porque, como sabemos, no todos los servicios de la sociedad de la información van a estar amparados por la libertad de expresión; luego su interrupción no tiene que estar protegida por la misma. Por ejemplo, cuando lo que se ordene sea el cierre de una web que se dedicaba a la difusión de información, tal medida afectará a nuestra libertad. Pero si lo que se cierra es una web de comercio *online* de productos, entonces en principio no[71].

Pero, como decía, la libertad de expresión puede verse comprometida más allá de estos supuestos. El propio "enjuiciamiento" de la cuestión realizado por la Comisión de Propiedad Intelectual podrá estar afectando a la libertad de expresión. Hemos de tener en cuenta que el derecho a la propiedad intelectual cuya protección se encomienda a la CPI se encuentra estrechamente vinculado con la libertad de expresión. La libertad de expresión en sentido amplio, en tanto que libertad de creación literaria, artística y científica; entra en conexión inmediata con este derecho. El derecho a la propiedad intelectual vendrá a proteger obras que sean producto de haber ejercido tales libertades; pero al mismo tiempo, al ejercer

---

[71] Es conveniente remarcar que ambos casos son posibles porque con la mera difusión de información también se pueden perjudicar los derechos de propiedad intelectual –por ejemplo, una página en la que se reproduce total o parcialmente una obra literaria o que se ilustra con unas fotos o unos vídeos protegidos por estos derechos-. Por tanto, no nos dejemos cegar por la "cortina de humo" que se trató de levantar diciendo que esta Ley sólo se aplicaría a las páginas web de descargas ilegales y que no afectaría a particulares. En principio, según el texto, nada impide que se pueda cerrar la página web de un particular que hubiera podido vulnerar estos derechos simplemente colgando una información o valiéndose de un elemento protegido por los mismos, si con ello le hubiera causado un perjuicio económico a su titular.

ISBN 978-84-694-0081-4

las mismas, también se puede entrar en conflicto con los derechos a la propiedad intelectual de otros. Y es que en la mayoría de los casos no se inventa de la nada, sino que se parte de lo ya existente, de lo ya producido por otros. Por eso hablaba Rodríguez Ibarra de la "fregona" y de la "maleta con ruedas". Por eso dice Blakin aquello de que "*freedom is bricolage"*. Algo que, además, en la sociedad de la información se ve aún más potenciado. Una nueva realidad que tampoco puede ser desconocida y menos aún limitada.

Desde este punto de vista, serán muchos los casos en los que el propio objeto de controversia afecte ya a la libertad de expresión. Nuevamente de manera consciente o inconsciente se ha querido esconder esta perspectiva. Se ha querido hacer parecer que es un procedimiento de mera tutela del derecho a la propiedad intelectual, pero se ha olvidado de que en el enjuiciamiento del mismo está afectando también a la configuración de la libertad de expresión.

Así, en mi opinión creo que en el espíritu de la Constitución está el vedar que sea la Administración la que juzgue si el ejercicio de la libertad de expresión ha sido lícito o ilícito; que un órgano gubernamental pueda controlar la legitimidad de un mensaje comunicativo. Frente a esto el sistema diseñado de autorización judicial resulta insuficiente, ya que, aunque evite que se pueda ejecutar una decisión de la Administración que afectara a la libertad de expresión; pero no salva que este órgano administrativo haya enjuiciado la legitimidad de una actividad *prima facie* amparada por esta libertad.

Pero es que, a mayor abundamiento, además de las consideraciones relativas a la afectación de la reserva jurisdiccional, la libertad de expresión se encuentra protegida en un espectro todavía mayor. Así las cosas, de la Constitución se deduce también que el Legislador debe abstenerse de imponer cualquier procedimiento especial restrictivo de esta libertad por la mera razón del medio de difusión. Que el "medio" ha de ser un elemento neutro en la regulación de esta libertad. Era lo que hemos llamado el "principio de indiferencia" del medio.

Aquí claramente nos encontramos con la creación de un procedimiento *ad hoc* frente a la difusión de unos determinados contenidos a través de Internet, que al menos potencialmente puede incidir de manera sustancial sobre la libertad de expresión. El texto normativo podría haber habilitado al Ministerio para que salvaguardara este derecho a la propiedad

ISBN 978-84-694-0081-4

intelectual con carácter general, pero sin embargo sólo se ha preocupado de las conductas desarrolladas a través de servicios de la sociedad de la información, en definitiva, a través de Internet.

Por mi parte no considero que concurran razones suficientes para la creación de este procedimiento *ad hoc* en el ámbito de Internet, discriminando el nuevo medio de la regulación general**.** Hemos de tener en cuenta que lo que supone un privilegio en la protección de los derechos de autor, tiene como contraparte el implicar un menoscabo a la protección de la libertad de expresión. Los conflictos que se puedan plantear entre aquel derecho y esta libertad van a quedar sometidos con carácter general a los procedimientos ordinarios. Sin embargo, en el marco de Internet, esos mismos conflictos pueden quedar sometidos a este "*cognitio extra ordinem*"***.*** Mientras que en el ámbito audiovisual se admiten ciertos procedimientos extraordinarios porque concurren unas razones muy específicas –escasez, penetración…-, éstas aquí no concurren[72].

Se dice que con este procedimiento se pretende dar una tutela más ágil y efectiva, pero eso también se podría conseguir dotando de mayores medios a los Tribunales. Además de generar un agravio comparativo sobre aquellos que ven vulnerados estos mismos derechos a través de otros medios (ej. los "manteros" que venden DVDs piratas), los cuales sí que deberán sustanciarse ante la jurisdicción ordinaria. Por otro lado, la razón que podría ser de más peso, aunque la propia Ley no la declara pero sí que está en el fondo de la misma, es el mayor riesgo que implica Internet para los derechos de propiedad intelectual. A este respecto, en primer lugar, cabría dudar si tan grave está siendo la Red y si tan en peligro pone estos derechos. El diario ABC nos recordaba como ya hace más de 25 años la Asociación Fonografía y Videografía Española tocaba las mismas "campanas de arrebato" que ahora hacen sonar y afirmaba el grave riesgo que estaba suponiendo para la "continuidad del sector" el fenómeno de los casetes pirata[73]. Lo que está ocurriendo es que Internet está revolucionando los conceptos de libertad de expresión y de derecho de propiedad intelectual,

[72] En este sentido, véase la célebre sentencia del Tribunal Supremo norteamericano caso ACLU v. J. Reno, 96-511, de 26 de junio de 1997, en la que este órgano concluye que en Internet no se da ninguna razón que justifique la aplicación de un régimen más flexible a la libertad de expresión, sino, incluso, lo contrario.

[73]Vid. http://www.cordoba.abc.es/20100112/historia-/casetes-piratas-arruinaron-industria-201001121110.html

ISBN 978-84-694-0081-4

como hemos visto. Pero esto no justifica a adoptar estas medidas extraordinarias.

En este sentido, por tanto, encontramos así un nuevo óbice constitucional a esta Ley. Es inadmisible en términos constitucionales la adopción de un procedimiento extraordinario que potencialmente puede llevar a graves restricciones de la libertad de expresión atendiendo únicamente al medio a través del cual se producen las presuntas actuaciones ilícitas. Si las relaciones entre libertad de expresión y derechos de propiedad intelectual se sustancian con carácter general a través de un procedimiento judicial, no cabe constitucionalmente crear otro *ad hoc* de tipo administrativo para Internet de forma injustificada.

En último lugar tenemos que señalar también que toda regulación que venga a desarrollar o que pueda afectar a un derecho fundamental debe cumplir con unos estándares mínimos. Aquí ya hemos puesto de manifiesto en primer lugar como esta Ley no cumple con los mínimos exigibles por el principio de legalidad. Encomienda todo un procedimiento administrativo a un órgano administrativo cuya composición se delega a la regulación reglamentaria, y, es más, las propias bases del procedimiento también quedan a ésta remitidas. Pero es que, además de vaga, la Ley es de dudosa "necesidad"[74] –no debemos olvidar que cualquier medida o regulación que pueda suponer una restricción de un derecho fundamental ha de ser analizada también desde el punto de vista de la "proporcionalidad" y de la "necesidad democrática"-. Y, para empeorar las cosas, la instauración de este procedimiento cuestiona principios básicos para garantizar una tutela judicial efectiva: plazos de defensa efímeros, recursos *sui géneris*, regulación especial que se aparta del principio de Juez natural, etc.

Todo esto no viene más que a abundar en el viciado diseño de este proyecto normativo. Por más que la autorización judicial pudiera dar unos visos de seguridad y hacer parecer entonces que, a través de la misma, no se va a ver afectada ya la libertad de expresión; por mi parte no puedo compartir tales conclusiones. El mero hecho de pasar por ese procedimiento

[74] CHAVES GARCÍA se pregunta a este respecto en su blog: "Y la pregunta del millón… ¿Qué interés público está presente en este berenjenal, cuando la mayor parte de los países de la Unión Europea no han considerado deseable, ni prioritario establecer un procedimiento judicial para sembrar el pánico en la red y truncar uno de los mayores avances tecnológicos y educativos de esta era?". En "Cuatro leyes buscadas por el autor frente a las descargas ilegales: Modelo para armar", publicado en el Blog "contencioso"; accesible en la página web: http://contencioso.es/2010/01/09/cuatro-leyes-buscadas-por-el-autor-frente-a-las-descargas-ilegales-modelo-para-armar/

ISBN 978-84-694-0081-4

expedito, aunque luego se tenga la salvaguarda judicial, ya de por sí provoca unos efectos disuasorios.

d) La puntilla

De esta suerte, a modo de conclusión, el presente proyecto normativo creo que también suspende su contraste con las garantías propias de la libertad de expresión. Lo suspende en particular por no garantizar suficientemente la reserva de jurisdicción en el control de la libertad de expresión y por imponer un procedimiento excepcional que potencialmente puede afectar a esta libertad por la sola razón del medio. Además, tampoco cumpliría mínimamente con el principio de legalidad y su planteamiento en general genera inseguridad, pone en tela de juicio principios básicos para garantizar la tutela judicial efectiva y puede disuadir al libre ejercicio de su libertad de crear y de inventar, de hacer “*bricolage*” en la Red, al extenderse sobre el cibernauta la presión de poderse ver sometido a este procedimiento sumarísimo. Y no es, a mi entender, ni proporcionado ni necesario. La “autorización judicial” limitada sobre la “ejecución” de la decisión administrativa, no subsana tales vicios.

En definitiva, nos encontramos aquí con un proyecto normativo que, a salvo de lo que resulte de su filtro por las Cortes Generales, entra a nuestras Cámaras viciado desde su misma raíz. Es por ello que lo más conveniente, aunque seguro que improbable, sería darle directamente la “puntilla” a esta norma antes incluso de que saliera al “ruedo”. En mi opinión, tiene bien ganado el sobrenombre de “Ley de la patada en el router”.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

IV. La actual posición del Tribunal Supremo alemán ante la libertad de expresión en la red, el caso de la "chuleta" – "spickmich.de"

Thomas Klink

Dr. y Magistrado Corte contencioso-administrativo Stuttgart

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado "Audios y vídeos del Congreso".

Resumen:

La sentencia del 23 de junio de 2009 es la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán sobre los portales de evaluación en Internet que afectan al derecho de la personalidad. Según esta sentencia clave, los portales de evaluación en Alemania son admisibles si se respetan los criterios mencionados en la sentencia. La sentencia del Tribunal Supremo da pautas importantes para el tratamiento jurídico de evaluaciones en Internet. No obstante, la admisibilidad siempre depende de una ponderación entre el derecho de la personalidad y de la libertad de comunicación. En el caso decidido, la libertad de comunicación prevaleció sobre el derecho de la personalidad de una profesora de colegio evaluada en el portal spickmich.de. Considerando las restricciones del acceso, el pequeño valor informativo de las evaluaciones, la escasa intervención en los derechos de la profesora y el interés legítimo a la información, el Tribunal Supremo ha desestimado la demanda de la profesora.

Palabras clave: *derecho de la personalidad, Alemania, internet, evaluación, profesores, colegio*

En este artículo quiero informarles sobre la posición actual del Tribunal Supremo alemán ante la libertad de expresión en la red, más concretamente en los foros privados de evaluación online, la así llamada web 2.0.

ISBN 978-84-694-0081-4

1. El caso clave "spickmich.de"

En el año 2009 el Tribunal Supremo alemán dictó una sentencia clave para el ámbito del derecho de Internet que tan sólo hace unas semanas ha sido confirmada por la Corte Constitucional alemana.[75] Como es habitual en el derecho de la propiedad intelectual y también en el derecho de la prensa, la sentencia tiene un nombre de referencia y en este caso es la denominación de la página web que se llama "spickmich.de". Esto se puede traducir como "chuleta" en el sentido del papel que los alumnos llevan consigo en el colegio durante los exámenes para copiar. No obstante, la función de la página web en el caso no era la de ayuda para copiar sino la evaluación de los profesores en los colegios. En Estados Unidos hay una página similar que se llama "ratemyteacher.com". No sé si también existe un portal de evaluación de profesores en España pero si no lo hay aún, seguro que pronto lo habrá. En España, el nombre podría ser "califica a tu profe".

2. Los hechos del caso: las funciones de la página web

El portal de "community"para los alumnos funciona de la siguiente manera: Sólo tienen acceso los usuarios registrados pero todo usuario puede registrarse para evaluar un colegio. En el registro no se verifica la idendtidad del usuario y las evaluaciones pueden ser dadas de forma anónima. Después del log-in se puede acceder a sub-páginas dedicadas a los profesores. Los profesores aparecen en una lista con sus apellidos, el colegio donde imparten clase y las asignaturas que imparten. A continuación aparecen las evaluaciones de los alumnos. En el módulo de evaluación, los usuarios (es decir, los alumnos) pueden evaluar a los profesores con una escala de notas entre 1 (la mejor nota) y 6 (la peor nota). Las categorías son, por ejemplo: "competente", "bien preparado", "comportamiento ejemplar", "chulo y gracioso", "apreciado", "motivado", "humano", "buena clase", "notas justas"o "exámenes justos". Cuando un profesor recibe 10 evaluaciones, el portal genera automáticamente una media y muestra un certificado del profesor en cuestión que se puede imprimir. También existe un botón llamado "aquí algo no está bien" a través del que los usuarios pueden informar a los operadores

[75] Sentencia del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof* – BGH) del 23 de junio 2009, VI ZR 196/08, publicado en NJW 2009, pág. 2888 et seq. y MMR 2009, pág. 608 et seq. Auto *a limine* de la Corte Constitucional alemana (*Bundesverfassungsgericht* – BverfG) del 16 de agosto 2010, 1 BvR 1750/09.

ISBN 978-84-694-0081-4

del portal de que hay inconsistencias o manipulaciones. Transcurridos 12 meses sin una nueva evaluación, el portal borra automáticamente todas las evaluaciones del profesor.

La profesora demandante en el caso a exponer se enteró de que había en el portal un certificado sobre ella – con todos sus datos personales y el nombre del colegio donde trabajaba. La nota media era 4,3 que correspone a un "casi suspenso" y se basó en evaluaciones de diez alumnos. La profesora demandó ante los tribunales que los operadores del portal borrasen todos sus datos personales y las evaluaciones y que en el futuro se abstuvieran del uso de sus datos personales.

3. Los problemas del caso: la libertad de comunicación contra el derecho de la personalidad

Como se puede deducir fácilmente, en el caso hay varios bienes jurídicos en conflicto:

Primero: El derecho de los alumnos a expresar su opinión

Segundo: El derecho de los operadores a mantener su negocio

Tercero: El derecho de la profesora a la protección de su personalidad y de sus datos personales

La profesora basó su demanda en el derecho de la personalidad, en alemán "*Persönlichkeitsrecht*". Es un derecho no codificado, sino desarrollado por la jurisprudencia. Para facilitar el entendimiento del contexto de la decisión que voy a explicar más tarde, quiero resumir en pocas palabras el derecho de la personalidad que es reconocido en el orden jurídico alemán desde los años 50 del siglo pasado.[76]

3. 1. El derecho de la personalidad – ámbito de protección

El Tribunal Supremo, con la aprobación de la Corte Constitucional, derivó el derecho de la personalidad de la libertad de actuar y desarollar la

[76] Véase para exposiciones amplias de la historia y del contenido de este derecho: *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, 5. ed. 2010, pág. 90 et seq.; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 11. ed. 2010, pág. 148 et seq.; *Petersen*, Medienrecht, 4. ed. 2008, pág. 68 et seq.

ISBN 978-84-694-0081-4

personalidad y de la dignidad humana– dos derechos fundamentales garantizados en la Constitución alemana (Art. 2 párr. 1 de la Ley Fundamental alemana, *Grundgesetz* – GG,[77] Art. 1 párr. 1 LF[78]). Este derecho proteje todos los elementos de la personalidad individual y garantiza al individuo un ámbito libre y autónomo para el desarollo y la protección de su personalidad. El derecho de la personalidad, como ya he mencionado anteriormente, es un derecho no codificado, sino desarrollado por la jurisprudencia. Con el paso del tiempo los tribunales desarrollaron este derecho de la personalidad con facetas más específicas que se podrían denominar "sub-derechos".

Quiero explicar los sub-derechos más importantes en el contexto de internet:

El derecho al honor: Nadie puede ser insultado directa o indirectamente; en Internet sobre todo están prohibidos los insultos formales, es decir, el uso de palabras insultantes.

El derecho a la privacidad y la intimidad: Nadie puede inmiscuirse en la vida privada e íntima de otro; en Internet este derecho por ejemplo es importante cuando una persona o entidad esta espiando mensajes privados.

El derecho al nombre: Nadie puede usar el nombre de otro sin su consentimiento; en Internet este derecho sobre todo es importante cuando se trata de la denominaciones de los "domains" o dominios.

El derecho a la propia imagen y a la presentación autodeterminada en público: Nadie puede usar fotos sin consentimiento ni dibujar una imagen de la persona de otro en público sin su permiso, publicar declaraciones en un faslo contexto o dar un relato incorrecto sobre otra persona; en el contexto de Internet este derecho está en juego cuando se publican en la red fotos de o informaciones sobre personas famosas.

El derecho de autodeterminación informativa: Este derecho permite al individuo autodeterminar el momento y los límites a la hora de desvelar hechos personales; este derecho tiene una gran importancia en la protección de datos en Internet y también, como veremos, en nuestro caso.

---

[77] "Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral."

[78] "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público."

ISBN 978-84-694-0081-4

El derecho a la salvaguardia de la confidencialidad e integridad en los sistemas informático-tecnológicos: Este derecho que sólo ha sido reconocido por la Corte Constitucional en 2008 – significa un límite al acceso a los ordenadores y otros sistemas electrónicos del individuo cuando se puede derivar de estos una imagen de la personalidad y de la vida privada; este derecho ha sido desarrollado específicamente en el contexto de Internet y proteje contra el así llamado registro/búsqueda on-line por las autoridades

Cuando no cabe uno de estos sub-derechos siempre se puede recurrir al derecho de la personalidad porque este tiene un carácter general.

3. 2. El derecho de la personalidad - límites

Claro que estos derechos no son garantizados sin límites. Los límites son los derechos de las personas o entidades que tienen un interés legítimo en recortar el derecho de la personalidad. Además, a la hora de ponderar, estos derechos han de superar el interés del individuo a su personalidad en el caso concreto. Estos derechos limitantes pueden ser, sobre todo:

- la libertad de expresión,
- la libertad de comunicación,
- la libertad de prensa y de los medios y
- la libertad de informarse
- Todos estos derechos también tienen rango constitucional.[79]

Otro límite al derecho de la personalidad puede ser el interés público, especialmente el interés punitivo del Estado pero también lo puede ser el interés público en un debate político libre y en una prensa libre sin censura.

[79] Art. 5 párr. 1 LF: „Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura."

ISBN 978-84-694-0081-4

3. 3. Criterios para la ponderación

La admisibilidad de una intrusión en el derecho de la personalidad debido a intereses legítimos (es decir, derechos en conflicto o interés público) en un caso concreto se determina según una ponderación compleja de los bienes afectados. Los derechos limitantes pueden ser sobre todo la libertad de expresión y la libertad de prensa.

Por un lado hay que ponderar la significancia del interés legítimo. Por ejemplo, cuando se trata de una discusión política, son admisibles más intervenciones en el derecho de la personalidad. Otro ejemplo es que cuando el Estado tiene un interés en investigar crímenes graves (por ejemplo: asesinatos) son admisibles más intrusiones. Respecto a la libertad de comunicación, hay que diferenciar entre afirmaciones de hechos (*Tatsachenbehauptungen*, admisibles si son verdaderas) y entre expresiones de opinión (*Meinungsäußerungen*, admisibles si no son ofensivas en un sentido formal y no tienen un efecto de *"poner a alguien en la picota" - Prangerwirkung*).

Por otro lado, la admisibilad depende de la esfera de la personalidad afectada. En la esfera social de la personalidad (contacto con personas en la sociedad, especialmente en el trabajo) son admisibles más restricciones que cuando la vida privada e incluso la vida íntima están afectadas.

4. La solución del Tribubal Supremo federal

Volvemos a nuestro caso para ver cómo el Tribunal Supremo ha aplicado estos principios. Para anticipar el resultado del caso: El Tribunal Supremo ha desestimado la demanda de la profesora en una decisión amplia y bastante complicada.

Los fundamentos básicos de derecho son los siguientes:[80]

1. Los operadores de portales de evaluación no están excluidos de la responsabilidad como proveedores de servicios en Internet (§§ 7 y 10 Ley de los Tele-Medios, *Telemediengesetz* – TMG). Cuando hay una entrada ilegal en un foro de la "community" los operadores están obligados a borrarla como dueños de la página web. Esta responsabilidad es una responsabilidad

[80] BGH, NJW 2009, pág. 2888 et seq. = MMR 2009, pág. 608 et seq.

ISBN 978-84-694-0081-4

negatoria/negativa es decir, por omisión o cesación, y (distinto de la indemnización) no depende de la culpabilidad de los operadores.

2. La norma determinante del caso no es la cláusula general de la responsabilidad extracontractual (§§ 823 párr. 1, 1004 párr. 1 Código Civil alemán, *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) sino la legislación específica para la protección de los datos. Según esta normativa específica es preciso borrar datos personales cuando su almacenamiento no es permitido por el afectado o por la ley (§ 35 Ley Federal de Protección de Datos, *Bundesdatenschutzgesetz* - BDSG). El almacenamiento de datos personales es admisible si el afectado ha dado su consentimiento o si la ley lo permite.

3. El Tribunal entiende como datos personales no sólo los datos clásicos como nombre y fecha de nacimiento sino también opiniones, evaluaciones y otros comentarios sobre una persona, incluyendo descripciones del comportamiento del individuo en su vida profesional y privada.

4. Un portal de evaluación no goza del privilegio de la prensa o de los medios de comunicación porque las evaluaciones no son expresiones de una obra redaccional o periodística (§ 41 BDSG).

5. No obstante, la ley permite compilar y almacenar datos personales para transferirlos a terceros y para hacerlos accesibles a terceros cuando no exista un interés legítimo del afectado que prevalezca sobre el interés de usar y publicar los datos (§ 29 BDSG). El interés legítimo de la profesora demandante en el presente caso es el derecho de la personalidad en la forma del derecho de autodeterminación informativa. Ahora el Tribunal se encuentra en el punto de la ponderación porque este derecho de la personalidad se encuentra en conflicto con los derechos de libre comunicación de la empresa que opera el portal y de los usuarios del portal que lo utilizan como plataforma para expresar su opinión.

6. El Tribunal define el derecho de autodeterminación informativa como el derecho del individuo a determinar, si, cuándo y en qué medida sus datos personales pueden ser publicados. Es un derecho frente al Estado y también frente a otras personas privadas que lo tienen que respetar. Este derecho de la profesora demandante se ve afectado por la evaluación en el portal.

ISBN 978-84-694-0081-4

7. En la ponderación concreta entre derecho de autodeterminación informativa y libertad de comunicación, el Tribunal aplica los siguientes criterios: Los datos sensitivos de la esfera secreta e íntima gozan de la protección más alta. También están protegidos datos de la esfera social y de la esfera privada pero en estas esferas el individuo no tiene un derecho absoluto y exclusivo porque en estas esferas se desarrolla la personalidad dentro de la sociedad. Los datos de la vida privada y social son parte de una realidad social. Por eso existe una tensión entre individuo y sociedad o comunidad.

8. Las evaluaciones sobre la profesora afectan a su vida profesional y por tanto a la esfera social de su derecho de la personalidad. Su desarrollo de la personalidad en este ámbito se realiza sólo en contacto con su entorno y con otras personas. Por eso están prohibidas de manera absoluta aquellas expresiones sobre una persona que tengan un efecto negativo grave sobre ella tales como la discriminación o la marginación. En el caso de otro tipo de expresiones hay que determinar si la intrusión es adecuada con respecto a su fin y sus medios.

9. Todas las categorías de la evaluación (recordamos: “competente”, “bien preparado”, “comportamiento ejemplar”, “chulo y gracioso”, “apreciado”, “motivado”, “humano”, “buena clase”, “notas justas”o “exámenes justos”) afectan a la vida profesional de la profesora y a su apariencia pública en el colegio.

10. Las evaluaciones no son ni una crítica denigrante, ni una ofensa formal, ni un asalto a la dignidad humana de la profesora.

11. No es válido el argumento de la profesora de que en el colegio ya existen suficientes posibilidades para los alumnos y sus padres para intercambiar sus opiniones sobre y con los profesores, por ejemplo en reuniones escolares. Los alumnos y los padres pueden elegir cómo quieren expresar sus opiniones y cómo quieren informarse. En particular, pueden elegir Internet como foro de opinión y plataforma porque es un medio fácilmente accessible para todos y porque permite efectivamente reunir y comparar informaciones.

12. El portal pone un límite al acceso a los datos personales de los profesores porque sólo se puede acceder a los datos después de registrarse y para registrarse hay que conocer el nombre del colegio donde trabaja el

profesor. Además, los datos y las evaluaciones no son accessibles a buscadores como “Google” o “Yahoo”.

13. También es legítimo que las evaluaciones sean hechas por los alumnos anómimamente. El uso anónimo es immanente a Internet. Además, las expresiones anónimas gozan de la protección de la libertad de opinión. Sólo así se puede prevenir el miedo a represiones u otras consecuencias negativas.

14. Evaluar a los profesores es admisible aunque los resultados tengan poco valor informativo. Cada usuario es conocedor de que la mayoría de los demás usuarios son alumnos menores de edad. También es evidente que las evaluaciones suelen estar caracterizadas por estimaciones subjetivas del usuario. Si se produjera una difamación, existe la posibilidad suficiente de informar a los operadores del portal. También hay que tener en cuenta que las evaluaciones anticuadas son borradas del portal.

15. Por todo esto, el derecho de la personalidad de la profesora no se ve afectado gravemente. Además, el interés informativo de los alumnos, de sus padres e incluso de otros profesores es legítimo. El portal sirve como plataforma para el intercambio de opiniones y experiencias en la vida escolar. Los profesores reciben un “feedback” sobre cómo son percibidos por sus alumnos. Por eso las evaluaciones son admisibles.

16. Por los mismos motivos, la publicación de las evaluaciones por el portal está protejida por la libertad de comunicación. El principio del intercambio libre de opiniones soporta también la publicación de los datos personales en la esfera social. No importa que las evaluaciones vengan de usuarios anónimos. Es típico de los portales de evaluación que el afectado por una evaluación negativa quiera prohibir la evaluación. Pero cuando hay un interés informativo prevalente, el afectado tiene que soportarlo.

17. Considerando las restricciones del acceso, el pequeño valor informativo de las evaluaciones, la escasa intervención en los derechos de la profesora y el interés legítimo a la información, el Tribunal Supremo ha desestimado la demanda de la profesora.

ISBN 978-84-694-0081-4

5. Evaluación de la sentencia

5. 1. Estándares para páginas de evaluación

La sentencia del 23 de junio de 2009 es la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre los portales de evaluación en Internet. Según esta sentencia clave, los criterios generales para la admisibilidad de portales de evaluación en Alemania son los siguientes:

- no son admisibles comentarios denigrantes;
- es preciso un interés legítimo de información para hacer la evaluación;
- también son protegidas por la ley las evaluaciones anónimas;
- los datos personales de las personas evaluadas no deben ser accessibles a buscadores;
- es preciso un registro previo de los usuarios para acceder a los datos;
- las evaluaciones anticuadas deben ser borradas automáticamente;
- las evaluaciones sólo se pueden referir a la vida profesional del afectado;
- son necesarios mecanismos para avisar a los operadores si hay inconsistencias o manipulaciones.

5. 2. Implicaciones de la sentencia

A pesar de las muchas voces críticas,[81] la Corte Constitucional en una decisión "*a limine*" de 16 de agosto de 2010 ha confirmado la posición del Tribunal Supremo sin ningún comentario.[82]

[81] Véase los comentarios: *Spickhoff*, LMK 2009, 287789; *Gounalakis/Klein*, NJW 2010, 566 et seq.; *Kaiser*, NVwZ 2009, 1474 et seq.; *Beck*, MMR 2009, 736 et seq.; *Greve/Schärdel*, MMR 2009, 613 et seq.

[82] Véase la noticia en MMR-Aktuell 2010, 308743.

ISBN 978-84-694-0081-4

En mi opinión, la sentencia del Tribunal Supremo da pautas importantes - aunque sean imprecisas y dependan de una ponderación - para el tratamiento jurídico de evaluaciones en Internet. La libertad de comunicación prevalece sobre el derecho de la personalidad si los límites ya mencionados son respetados. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las evaluaciones en un contexto comercial sobre empresas y sus productos casi siempre son admisibles porque una empresa tiene que enfrentarse a la libre competencia en el mercado. Pero el Tribunal Supremo no dice qué principios hay que aplicar si las evaluaciones se refieren a individuos particulares en el mercado, por ejemplo médicos o abogados. A diferencia de la profesora en nuestro caso, estos profesionales no son empleados públicos con un sueldo fijo. Las evaluaciones negativas y subjetivas de unos clientes decepcionados pueden poner en peligro la base de existencia de un médico o un abogado. Por otra parte, en estos ámbitos de profesiones liberales los clientes tienen un gran interés en saber si los servicios que van a contratar son prestados por personas competentes o no. En Alemania, las cajas estatales de sanidad están considerando establecer un portal de evaluación para médicos. Cabe suponer que el Tribunal tendrá ciertas dificultades para mantener su posición liberal frente a los portales de evaluación cuando se trate de evaluaciones en los ámbitos delicados a la medicina y al derecho. Queda por ver si la ponderación en tales casos tendrá el mismo resultado que en el caso presentado.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

V. Políticas de la "Federal Communications Commission" en materia de neutralidad de la red

Luis Fernando Rodríguez García[83]

Investigador en Formación

Departamento de Derecho constitucional, UNED

Resumen:

La neutralidad de la red debe ser un problema de preferente atención para el Derecho. La presente comunicación pretende ofrecer un resumen de la evolución del debate en los Estados Unidos desde la perspectiva de la Federal Communications Commission, presentando de modo ordenado los acontecimientos legislativos y políticos en torno a los cuales se ha desarrollado. La "intermodal competition" promovida con la aprobación de la Telecommunications Act de 1996 y las posteriores resoluciones de la FCC han hecho que los proveedores de banda ancha tengan un gran interés en poder administrar los contenidos que circulan por la red. Por su parte, la presión de una opinión pública alertada por los peligros que esta posibilidad comportaría ha obligado a la FCC a liderar una política legislativa que podría conducir en un futuro no muy lejano a garantizar la neutralidad de la red mediante una serie de prohibiciones normativas impuestas a las compañías proveedoras.

Palabras clave: *neutralidad de la red, internet, Federal Communications Commission, derecho de las telecomunicaciones, nuevas tecnologías*

---

[83] frodriguez@der.uned.es

ISBN 978-84-694-0081-4

1. Una consideración previa en torno al Derecho e internet

Hay algo peculiar en la forma en que algunos autores españoles y extranjeros se aproximan desde el Derecho público a los problemas relacionados con internet. Por alguna extraña razón, quizás relacionada con una insuficiente toma en consideración de los aspectos técnicos de la red, parecen dar por hecho que internet es una tecnología completamente definida, acabada y estable. Nada más lejos de la realidad. Aunque los protocolos básicos de internet y algunos rasgos esenciales no varíen (por ejemplo, el protocolo TCP/IP), la mayor parte de sus elementos –entre los cuales se encuentran algunos de los más importantes- permanece en permanente cambio. Esta constante inestabilidad hace que el futuro de internet sea muy confuso y que no falten voces sobradamente autorizadas que hayan alertado del peligro cierto de su desaparición[84].

Al tiempo, conforme internet ha ido creciendo, juristas de diversas ramas han experimentado la misma fascinación al constatar la absoluta inadecuación entre un ciberespacio de creciente influencia en lo cotidiano y las leyes y códigos vigentes. Puede que nunca antes se haya producido el fenómeno de que un medio de comunicación con tal repercusión social resulte tan completamente inasible a un ordenamiento. En la medida en que cada vez mayor número de ciudadanos acudirán a internet para confiarle más y más facetas de su existencia, estos problemas no harán sino incrementarse y resultar más patentes.

Por otra parte, todo parece indicar que en una buena porción de importantes cuestiones el ciberespacio y el Derecho seguirán sus respectivas órbitas tranquilamente, desconocidos el uno para el otro. Puede que de modo eventual esas “órbitas” se alineen en algún punto, pero esto no será lo frecuente. La razón de fondo es que el Derecho se funda sobre las coordenadas de un conjunto de bienes y personas en un mismo territorio soberano bajo un mismo ordenamiento. Internet, en cambio, es una red mundial diseñada para intercambiar paquetes de *bits* sobre los principios *end-to-end* y *best effort*. La rápida evolución de internet contrasta con la lentísima evolución de la creación del derecho, y nada hace pensar que ambos rasgos vayan a cambiar.

---

[84] Al respecto, cf. ZITTRAIN, Jonathan, “The future of the Internet –and how to stop it”, Yale University Press, 2008.

ISBN 978-84-694-0081-4

A la vista de esta situación, no parece muy aconsejable que la doctrina científica malgaste esfuerzos en un baldío intento por descubrir una tras otra las miríadas de lagunas e incongruencias que median entre el derecho vigente e internet. Si no queremos perecer bajo un alud de problemas jurídicos a los que nunca daremos una respuesta satisfactoria o efectiva -y probablemente ninguna de las dos-, la atención debe centrarse en detectar aquellos problemas que sean verdaderamente relevantes y de los que el Derecho pueda ocuparse con éxito, esto es, con una razonable expectativa de eficacia. Entre los temas que presentan estos rasgos la neutralidad de la red ocupa un lugar principal, que sin duda afectará directamente a la evolución –o involución- de internet.

En este sentido, la presente comunicación pretende colmar un vacío en la literatura jurídica española. Más allá de los innumerables artículos de prensa y entradas de blogs, se echa en falta una explicación íntegra y ordenada del proceso jurídico que ha acompañado el debate de la neutralidad de la red en los Estados Unidos. Éste es el objetivo de las siguientes páginas. Lamentable, la necesaria brevedad que se impone a una comunicación hace que una buena porción de detalles y explicaciones de interés hayan tenido que omitirse. Confiamos en que los aspectos más esenciales basten para dar una cabal idea de la situación actual del debate en América.

Al centrarse la presenta aportación en el Derecho de los Estados Unidos, quienes no estén familiarizados con los problemas de la neutralidad de la red podrían pensar que la materia resulta de un interés muy secundario. Más allá de las apariencias, nada más cierto que, al menos hasta hoy, el desarrollo del debate sobre la neutralidad de la red al otro lado del Atlántico ha marcado la pauta de las políticas de la Unión Europea al respecto. Sirva como mero ejemplo la consulta pública “sobre una internet abierta y la neutralidad de la red” que la Comisión Europea mantiene actualmente abierta[85] en clara imitación a la de la Federal Communications Commission (en adelante, FCC). Por añadidura, Estados Unidos es, no sólo el inventor, sino el más decisivo contribuyente al desarrollo de la red. Baste citar algunos nombres para dar prueba de su influencia en internet: Apple, Microsoft, Google, Yahoo, Youtube, Twitter o Facebook, entre otros. La regulación a la que su país de origen someta a estas empresas acabará afectando a Europa

[85] La información sobre la misma puede consultarse en http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/index_en.htm

ISBN 978-84-694-0081-4

así como al resto del mundo. Por su parte, las compañías europeas de telecomunicaciones no dejan de tomar buena nota de los fracasos y éxitos de sus homólogas estadounidenses en su batalla contra la *net neutrality*. Finalmente, resulta bastante claro que la respuesta final al problema será la misma o muy parecida en todo el mundo, como demanda una red global. Dado que el debate en los Estados Unidos se encuentra más avanzado, lo que allí suceda sentará un precedente del que difícilmente se desvinculará la Unión Europea.

Por las razones expuestas, queda patente el interés que para el Derecho europeo tiene lo que acontezca en el Derecho americano.

La candente actualidad del debate obliga finalmente a una última prevención. La información contenida en esta comunicación está actualizada hasta la fecha de su envío, es decir, el 14 de septiembre de 2010.

2. Orígenes del debate

Los orígenes de la polémica en torno a la neutralidad de la red pueden remontarse a la Telecommunications Act de 1996, con la que el Congreso de los Estados Unidos revisó la normativa de la industria de las telecomunicaciones a fin de prepararla para los retos del siglo XXI.

Durante las décadas anteriores a la aprobación de esta ley, la política de telecomunicaciones norteamericana había creado dos grupos de empresas: por un lado, aquellas que ofrecían servicios de telefonía (y operaban de conformidad con el Titulo II de la Communications Act de 1934); por otra, las que ofrecían servicios de televisión por cable (reguladas por el Título VI de la misma ley). Con esta finalidad, la FCC había prohibido como principio general desde 1970 la fusión (*cross-ownership*) de las redes de cable y telefonía[86]. La Cable Act de 1984 había reafirmado esta política al prohibir que las compañías locales de telefonía proveyeran de programación televisiva a través de sus redes de cableado. Al mismo tiempo, una gran mayoría de empresas de ámbito local habían obtenido de los estados concesiones de explotación exclusiva de los servicios de telefonía, a cambio de someterse a las obligaciones propias del servicio universal (los

---

[86] Cf., en este sentido, Application of Telcos, 21 FCC Rcd. at 307 (1970). Las normas y resoluciones estadounidenses, así como algunas publicaciones, se citan de acuerdo con la normas del Blue Book, para facilitar su localización a los interesados.

ISBN 978-84-694-0081-4

denominados *common carriers*) y a una política de precios públicos, todo ello con el visto bueno de la FCC[87].

La Telecommunications Act de 1996 pretendió poner fin a esta política nacional de telecomunicaciones, desmontando el modelo en que se basaba y haciendo que las compañías crearan un mercado competitivo lo más amplio posible. Con este fin, la ley eliminó la barrera, un tanto artificial, que se había creado entre compañías de telefonía y operadores de cable, permitiendo por tanto la oferta de televisión por cable a través de líneas de telefonía. La eliminación de la prohibición fue adoptada en un momento además en que varios tribunales federales habían declarado la inconstitucionalidad de la misma, considerando que ignoraba la protección que la primera enmienda otorga también a las empresas de telecomunicaciones afectadas. El propio Tribunal Supremo, en diciembre de 1995, se había pronunciado al respecto en este sentido[88].

La Telecommunication Act de 1996 anuló igualmente cualquier norma federal o local que “prohibit or have the effect of prohibiting the ability of any entity to provide interstate or intrastate telecommunications service”. La disposición eliminaba así la protección que los estados pudieran ofrecer a los monopolios locales de telefonía y, *de facto* y simultáneamente, permitía a los operadores de cable acceder al mercado de telefonía.

Además de todo esto, hay que tener en cuenta que las limitaciones de la infraestructura física de telecomunicaciones hacían que ese mercado competitivo al que la ley aspiraba resultara más una meta a muy largo plazo que una opción realista y factible. La mayor parte de las redes telefónicas estadounidenses estaban formadas por antiguos cables de cobre, suficientes para las comunicaciones telefónicas durante décadas, pero completamente inadecuados para transmitir señal de televisión con una calidad y velocidad aceptables, o al menos equiparables, a las de los operadores de cable. De hecho, el cable coaxial utilizado por estos últimos sí que disponía de un ancho de banda mayor que el de las redes de telefonía. Esto provocó que las compañías telefónicas tuvieran numerosos problemas técnicos para

---

[87] Sobre esto, Huber, Peter W. et al, The telecommunications act of 1996, Special Report 86, 1996.

[88] US West, Inc. v. United States, 48 F.3d 1092 (9th Cir. 1995), 516 U.S. 1155 (1996); Chesapeake & Potomac Tel. Co. v. United States, 42 F.3d 181 (4th Cir. 1994) 516 U.S. 415 (1996).

ISBN 978-84-694-0081-4

aventurarse en la televisión por cable, en tanto que para los operadores de cable fue más fácil avanzar en el campo contrario.

La denominada “intermodal competition” fue decisiva para dar empuje a un tercer servicio de telecomunicación al que, curiosamente, la ley había prestado poca atención: internet. Para ponernos en antecedentes, cabe recordar que el acceso doméstico a internet empezó a estar disponible a mediados de los años noventa. Como todos recordamos, los usuarios por aquel entonces accedíamos a internet a través de conexiones telefónicas de banda estrecha. El usuario usaba un módem conectado al ordenador, que marcaba un número de teléfono local, designado y controlado por el proveedor de servicios de internet (en adelante, ISP). La señal telefónica –analógica- se convertía en una conexión a internet, permitiendo al ordenador enviar y recibir datos a una velocidad muy escasa.

Con el paso del tiempo los usuarios empezaron a demandar y consumir mayores cantidades de aplicaciones y contenidos en internet. Los ISPs se encontraron frente al problema técnico de que el sistema analógico de telefonía, con sus viejos cables de cobre, carecía simple y llanamente de capacidad para satisfacer la demanda de los usuarios y mantener el paso del avance tecnológico. Las compañías telefónicas se vieron obligadas, por estas razones y otras que aquí obviaremos, a desarrollar una alternativa. Surgieron así las tecnologías Digital Subscriber Line (DSL), más eficientes que los cables de cobre y que hicieron posible el acceso a internet de banda ancha[89].

La irrupción de la banda ancha hizo que la oferta de los ISPs que ofrecían acceso mediante un módem telefónico quedara obsoleta. Para sobrevivir, muchos ISPs estadounidenses intentaron conseguir acceso “al por mayor” a las infraestructuras de banda ancha de las compañías de cable y telefonía más grandes, de manera que pudieran también ofertar transmisión de alta velocidad y competir en ese mercado[90]. Sus argumentos forjaron la doctrina del “open access”, buena parte de cuyos fundamentos subyacen en el actual debate sobre la neutralidad de la red.

---

[89] Aunque esta simplificación sea en desdoro de la precisión científica, el DSL separa la información que viaja por los cables en dos “carriles”, lo que permite a los datos moverse más rápidamente a través de la red sin interferir con el tráfico telefónico.

[90] In the Matters of Deployment of Wireline Services Offering Advanced Telecommunications Capability, 13 F.C.C. Rcd. 24012, 24016–17, pp. 8-10 (1998).

ISBN 978-84-694-0081-4

En el año 1998 la FCC determinó que la transmisión de datos de internet sobre las líneas DSL propiedad de las compañías de telefonía había de considerarse como un "telecommunications service" de conformidad con lo previsto por el Título II de la Telecommunications Act y que, por tanto, se hallaban sujetas a las obligaciones propias de los *common carriers*[91]. La consecuencia directa consistía en que, si bien las compañías telefónicas podían vender acceso a internet de banda ancha directamente a los consumidores, debían al mismo tiempo permitir que otros ISPs usaran sus líneas de DSL para ofrecer sus propias ofertas de acceso a internet. La Comisión rehusó pronunciarse sobre los operadores de cable, lo que dejó abierta la cuestión acerca de si los mismos estaban sujetos también a la obligación de "open access". La pregunta permaneció sin respuesta durante varios años, en los cuales fue objeto de varios litigios y viva especulación en el mundo académico y en el seno de la propia la Comisión[92]. Resumiendo el proceso, finalmente en el año 2005 el Tribunal Supremo confirmó una resolución de la FCC por la que consideraba que el servicio de televisión por cable debía clasificarse como un servicio regulado en el Título I de ley, y que, en consecuencia, no estaba sujetos a los deberes de un *common carrier*[93]. La resolución de la FCC había entendido que era innecesario imponer a las compañías de cable las obligaciones de *open access* a la vista de la robusta competencia existente en el mercado de la banda ancha. Un exceso de regulación podría además resultar perjudicial para la competencia y obstaculizar el desarrollo de la banda ancha en el futuro[94].

La sentencia del Tribunal Supremo dio pie a la Comisión para reclasificar rápidamente los servicios DSL, considerándolos bajo la regulación del Título I en lugar del Título II[95], así como todas las demás tecnologías emergentes en aquel momento, entre ellas los servicios de internet *wireless* -o inalámbrico-. La FCC esperaba con ello "establish a

---

[91] *Ibídem*, pp. 35–37 (1998).

[92] Cf. Jonathan E. Nuechterlein, *The Digital Broadband Migration: Information Policy for the Next Administration*, 7 J. Telecomm. & High Tech. Law 19, 25 (2009).

[93] Nat'l Cable & Telecomm. Ass'n v. Brand X Internet Servs., 545 U.S. 967 (2005), *aff'g* Cable Modem Order.

[94] High-Speed Access to the Internet Over Cable and Other Facilities, Declaratory Ruling & Notice of Proposed Rulemaking, 17 FCC Rcd. 4798 (2002).

[95] Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet Over Wireline Facilities, 20 F.C.C. Rcd. 14853 (2005).

ISBN 978-84-694-0081-4

consistent regulatory framework across broadband platforms by regulating like services in similar manner"[96].

Liberadas del deber de vender porciones de banda ancha a sus competidores a precios de mayorista, y aclarado asimismo el marco regulatorio para el futuro, las grandes compañías de telecomunicaciones norteamericanas como AT&T y Verizon emprendieron la modernización de sus redes, e invirtieron miles de millones de dólares durante los años siguientes para adaptarlas a las cada vez más exigentes necesidades de los usuarios[97]; en particular, las viejas redes de cobre fueron sustituidas por cables de fibra óptica, que permite enviar y recibir datos a velocidades muy superiores. La fibra óptica les permitiría, además, entrar en el mercado de los servicios de cable, ofreciendo estos servicios y compitiendo con los operadores tradicionales[98]. De esa manera se cumpliría uno de los principales objetivos perseguidos por el Congreso cuando años atrás se había aprobado la nueva ley de telecomunicaciones: romper la brecha entre compañías de telefonía y cable y crear una robusta competencia entre sus servicios.

3. Eclosión del debate sobre la neutralidad de la red

Conforme el debate sobre el *open access* iba desarrollándose, la inclinación de la FCC hacia la desregulación de la banda ancha hizo que juristas de prestigio como Lawrence Lessig y Tim Wu empezaran a mostrar su preocupación acerca de la posibilidad de que los proveedores usaran algún día su control de las redes para discriminar en perjuicio o beneficio de ciertos proveedores de contenido o aplicaciones[99]. Mientras el número de este tipo de proveedores en internet es incontable, las redes nacionales de

---

[96] Appropriate Regulatory Treatment for Broadband Access to the Internet Over Wireless Networks, 22 FCC Rcd. 5901 (2007); In re United Power Line Council's Petition for Declaratory Ruling Regarding the Classification of Broadband Over Power Line, 21 FCC Rcd. 13281 (2006).

[97] Al respect, cf. Thomas W. Hazlett and Anil Caliskan, *Natural Experiments in U.S. Broadband Regulation*, 7 Review of Network Economics 460, 477 (2008).

[98] Sin embargo, la fibra óptica es un material bastante más caro que los cables de cobre. La necesidad de recuperar esta fuerte inversión es uno de los puntos claves para entender el problema desde su perspectiva económica.

[99] En este sentido, cf. Tim Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, 2 J. On Telecomm. & High Tech. L. 141, 145-46, 165-68 (2003); Lawrence Lessig, The Future of Ideas, at 46-48, 155-76, 246-49 (2001).

ISBN 978-84-694-0081-4

telecomunicaciones que sostienen la infraestructura técnica que hace posible el ciberespacio se encuentran en manos de un puñado de compañías. Si se permitiera a los ISPs hacer libre uso de su tecnología para bloquear, degradar y, en términos generales, controlar las aplicaciones o los contenidos, peligraría el potencial de creatividad e innovación que hasta ahora internet ha fomentado exponencialmente.

La eclosión del debate tuvo rápido eco parlamentario. De hecho, en 2005 llegó a haber cuatro proyectos diferentes -en distintas fases de tramitación- en el Congreso de los Estados Unidos. Todos ellos imponían deberes, con distintos grados de rigor, a los proveedores de las redes de telecomunicaciones[100]. Lo cierto es que estas propuestas adolecían de un defecto de origen: para que pudieran llegar a ser aprobadas, el Congreso debía aprobar previamente la normativa que explícitamente permitiera someter a los proveedores de banda ancha a las obligaciones de no discriminación.

La FCC tampoco había hecho oídos sordos al problema de la neutralidad. Como parte de su resolución de 2005, la Comisión incluyó una declaración no vinculante en que señalaba las "cuatro libertades" que habían de marcar las líneas maestras de su política sobre internet[101]. En concreto, la FCC afirmaba lo siguiente:

"To ensure that broadband networks are widely deployed, open, affordable, and accessible to all consumers, the Commission adopts the following principles:

To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to access the lawful Internet content of their choice.

To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to run applications and use services of their choice, subject to the needs of law enforcement.

To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to connect their choice of legal devices that do not harm the network.

---

[100] La neutralidad de la red también fue objeto de debate en el seno de varias comisiones, entre ellas especialmente la Senate Subcommittee on Commerce, Science, and Transportation.

[101] Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities, Policy Statement, 20 FCC Rcd. 14986 (2005).

To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to competition among network providers, application and service providers, and content providers"[102].

Conviene remarcar que este *Policy Statement* también afirmaba que estos principios se hallaban "subject to reasonable network management" y que no eran en ningún caso vinculantes en tanto que no se contuvieran en una norma[103]. La decisión de la Comisión de emitir su "Four Freedoms Policy Statement" se debe probablemente a que por esas mismas fechas el organismo estaba investigando las acusaciones de *blocking* contra Madison River Communications LLC, una pequeña compañía de telefonía de ámbito rural que también ofrecía acceso DSL. Vonage, un proveedor de servicios VoIP denunció que Madison estaba bloqueando puertos que eran típicamente usados por los clientes de Vonage para hacer llamadas de voz por VoIP, ya que éste servicio resultaba un competidor directo frente a los tradicionales servicios de telefonía de la compañía[104]. Ante el clamor popular, Madison River aceptó un "consent decree" por el que se le prohibía bloquear los puertos usados por los servicios VoIP o adoptar cualquier otra medida que impidiera a sus clientes usar este tipo de aplicaciones. Los partidarios de la neutralidad de la red no tardaron en blandir el caso Madison como la prueba evidente de que la amenaza era cierta y bien fundada.

4. El caso "Comcast"

Los problemas relativos a la neutralidad de la red se mantuvieron como un tema de importancia secundaria hasta la sanción impuesta por la Comisión en 2008 a Comcast Corporation por sus "unreasonable network management practices"[105], que intensificó exponencialmente las campañas pro garantía de la neutralidad de la red y la correspondiente reforma legal.

---

[102] *Ibidem* n. 4.

[103] *Ibidem* n.15.

[104] In re Madison River Communications and Affiliated Companies, Order, 20 FCC Rcd. 4295 (EB 2005).

[105] Toda la documentación al respecto en: Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications; Broadband Industry Practices; Petition of Free Press et al. for Declaratory Ruling that Degrading an Internet Application Violates the FCC's Internet Policy Statement and Does Not

Los problemas de congestión de la red en ciertas áreas, causados por el elevado uso de programas *peer-to-peer* como BitTorrent, llevaron a Comcast a detectar los paquetes de datos procedentes de tales aplicaciones, retrasarlos y eliminarlos[106]. La Comisión consideró que las “Comcast's practices contravene industry standards and have significantly impeded Internet users' ability to use applications and access content of their choice” de tal manera que no podían considerarse “reasonable network management”[107]. La Comisión censuró particularmente la conducta de la compañía en la medida en que no había cumplido para con sus clientes un deber de claridad y transparencia respecto de las condiciones del servicio y sus limitaciones. En consecuencia, la FFC ordenó a Comcast cesar en estas prácticas y, en su lugar, aplicar con transparencia una “protocol-agnostic network management technique” frente a sus consumidores[108].

Con la resolución contra Comcast, la FCC imponía por primera vez a un ISP principios de neutralidad de la red. El caso también dio lugar además a que la neutralidad de la red pasara a ser uno de los temas candentes de las elecciones presidenciales de 2008, especialmente en las primarias del partido demócrata.

5. La iniciativa “Open Internet”

Tras las elecciones, Barack Obama cumplió su promesa electoral de “take the backseat to no one in [his] commitment to network neutrality”. Con tal fin nombró a un reconocido partidario de la neutralidad de la red, Julius Genachowski, como presidente de la FCC. Poco después, la Comisión hizo pública una iniciativa que denomino “Open Internet”, con la que se pretendía por vez primera impulsar desde la FCC la aprobación de una norma que impusiera deberes de neutralidad sobre los proveedores de banda ancha[109].

Con este fin, la FCC propuso codificar las *Four Freedoms* contenidas en la declaración no vinculante de 2005, convirtiéndolas en normas de

---

Meet an Exception for “Reasonable Network Management,” Memorandum Opinion and Order, 23 FCC Rcd. 13028 (2008).

[106] *Ibidem* nn. 6-8.

[107] *Ibidem* n. 51.

[108] *Ibidem* n. 54.

[109] In Re Preserving the Open Internet: Broadband Industry Practices, Notice of Proposed Rulemaking, 24 FCC Rcd. 13064 (2009).

ISBN 978-84-694-0081-4

network management. Los ISPs quedarían así sometidos a un deber de "reasonable network management", de manera que no podrían "prevent any of its users from sending or receiving the lawful content of the user's choice over the Internet, running the lawful applications of or using the lawful services of the user's choice; connecting to and using on its network the user's choice of lawful devices that do not harm the network". Igualmente, tampoco podrían "deprive any of its users of the user's entitlement to competition among network providers, application providers, service providers, and content providers"[110].

La FCC aseguró que la codificación de estos principios serviría para alcanzar "our goals of protecting consumers and encouraging innovation and investment" en internet[111]. También propuso dos principios adicionales a las originales *Four Freedoms*. Un quinto principio afirmaba que "[s]ubject to reasonable network management, a broadband Internet access service must treat lawful content, applications, and services in a nondiscriminatory manner"[112]. Este quinto principio "would not prevent a broadband Internet access service provider from charging *subscribers* different prices for different services" o de ofrecer diferentes velocidades. Por el contrario, el principio de no discriminación impide que los ISPs denieguen el acceso a terceros proveedores de contenidos o aplicaciones que intenten enviar material al cliente del ISP. Las compañías de telecomunicaciones tampoco podrían cobrar a tales proveedores por "enhanced or prioritized delivery to [the] end user" en su red.

El sexto principio propuesto por la Comisión, de transparencia, obligaba a los proveedores de banda ancha a "disclose such information concerning network management and other practices as is reasonably required for users and content, application, and service providers to enjoy the protections specified in this part"[113]. La FCC reconoció expresamente que el principio venía sugerido por la negativa de Comcast a informar a la Comisión y a sus clientes de sus prácticas durante la investigación[114].

---

[110] *Ibidem* nn. 88-102.

[111] *Ibidem* n. 93.

[112] *Ibidem* n. 104.

[113] *Ibidem* nn. 118-119.

[114] *Ibidem* n. 124.

ISBN 978-84-694-0081-4

Pese a toda su buena intención, los principios venían acompañados de dos "contrapesos" que limitaban su alcance. En primer lugar, cada uno de los principios serían compatibles con un "reasonable network management"[115]. La Comisión evitó a propósito concretar sus afirmaciones, limitándose a "describe these concepts at a relatively general level and leave more detailed rulings to the adjudications of particular cases"[116]. En cualquier caso, su propósito se orienta a que los proveedores de banda ancha puedan "reduce or mitigate the effects of congestion", "address quality-of-service concerns", y "prevent the unlawful transfer of content" o "transfer of unlawful content", incluso si eso implica la anulación práctica de los seis principios. Sin embargo, parece que la intención de la Comisión es interpretar estas cláusulas de manera estricta. La razonabilidad (*reasonableness*) de una determinada práctica de *network management* deberá ajustarse estrechamente a las reglas antidiscriminatorias señaladas por la FCC.

Además de esto, la Comisión lanzó la idea de que sería posible una excepción para aquellos "managed or specialized services" que se provean por las mismas redes de acceso de banda anchar pero no interfieran con la red "pública" de internet. Posibles casos, citados por la propia FCC, serían la telemedicina, las comunicaciones relacionadas con la seguridad pública, o la enseñanza a distancia.

6. Desarrollo de los acontecimientos hasta septiembre de 2010

Poco después de concluido el plazo para presentar propuestas a la Open Internet Notice of Proposed Rulemaking, el D.C. Circuit Court of Appeals anuló la resolución acordada por la FCC contra Comcast[117]. Sin entrar a valorar el comportamiento de la compañía ni la sanción impuesta por la Comisión, el tribunal determinó la falta de competencia de la FCC para regular las prácticas de los proveedores de banda ancha. La propia Comisión había sostenido durante el procedimiento que, aunque la Telecommunications Act no le otorgaba explícitamente competencia para regular los proveedores de internet de banda ancha, el Título I de la ley le permite regular actividades "reasonably ancillary to the […] effective

---

[115] *Ibidem* n. 133. La Comisión también incluyó otras razones de orden o seguridad publicos, entre otras.

[116] *Ibidem* nn. 134-149.

[117] Comcast Corp. v. FCC, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

performance of its statutorily mandated responsibilities"[118]. El Tribunal estableció que la Comisión no había demostrado cómo las prácticas de "controlling network management" eran "reasonably ancillary" a la regulación de las actividades por parte de la Comisión dentro de su ámbito de competencias, tales como el servicio de telefonía, la televisión por cable, etc. En consecuencia, el tribunal del D.C. Circuit declaró la nulidad de la resolución y, de esta manera, golpeó el centro mismo de las pretensiones normativas de la FCC.

Tras el caso Comcast la opinión general en Estados Unidos se inclina actualmente por reconocer dos posibles vías para implantar normativamente la neutralidad de la red. En primer lugar, la Comisión podría esperar a que el Congreso aprobara una norma que explícitamente atribuyera competencia a la FCC para regular los proveedores de banda ancha. De este modo su competencia quedaría clara y expresamente determinada. En segundo lugar, la Comisión podría reclasificar los servicios de banda ancha como un servicio de telecomunicaciones regulado por el Titulo II, anulando su resolución de 2002[119] que está en el origen de la polémica. El cambio de criterio supondría que los proveedores de banda ancha volvieran a estar sujetos a la panoplia de reglamentación del tradicional servicio telefónico, incluyendo la obligación de la Section 202 de la ley conforme a la cual los proveedores no pueden discriminar "unjustly or unreasonably" en la provisión del servicio.

Frente a estas dos alternativas, el Presidente de la FCC, Julius Genachowski, insatisfecho con las desventajas de ambas alternativas, ha anunciado un plan que él mismo ha calificado de "tercera vía"[120]. Básicamente, lo que Genachowski ha propuesto es que, de acuerdo con la segunda alternativa que acabamos de exponer, la FCC reclasifique el servicio de internet de banda ancha como un servicio del Título II. De este modo se restauraría el régimen que regulaba el servicio de DSL antes de la decisión Brand X, pero con ciertas variantes que permitan a la Comisión ser generosa en el ejercicio de su autoridad, para evitar que los ISPs tengan que cumplir con algunas obligaciones del Título II que, si bien pueden ser adecuadas para las compañías telefónicas, resultan "unnecessary and

---

[118] *Ibidem* 644 [citando Am. Lib. Ass'n v. FCC, 406 F.3d 689, 692 (D.C. Cir. 2005)].

[119] Entre otras, véase High-Speed Access to the Internet Over Cable and Other Facilities, Declaratory Ruling & Notice of Proposed Rulemaking, 17 FCC Rcd. 4798 (2002), at 4804 ¶ 10.

[120] *The Third Way: A Narrowly Tailored Broadband Framework*, de 6 de mayo de 2010. Disponible en http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-297944A1.pdf

ISBN 978-84-694-0081-4

inappropriate for broadband access service", tales como el deber de interconexión con competidores.

El marco de regulación resultante daría lugar a la aplicación "suavizada" del conjunto de obligaciones del Título II, que los ISPs deberían cumplir, incluyendo entre ellas el deber de la Section 202, lo que supondría la imposición de la garantía de la neutralidad de la red definitivamente. En junio de 2010, la Comisión emitió otra Notice of Inquiry y solicitó el envío de propuestas y comentarios en relación con el apropiado marco de regulación de la banda ancha[121]. Con ello la FCC da los primeros pasos para considerar seriamente la imposición de las restricciones jurídicamente vinculantes que los partidarios de la neutralidad vienen reclamando desde hace años: límites reales, de obligatorio cumplimiento, a la capacidad de los proveedores de banda ancha para conceder o denegar a terceras partes el derecho de acceso a sus redes o imponer los términos del mismo.

[121] Cf. In re Framework for Broadband Internet Service, GN Docket No. 10-127, FCC 10-114 (June 17, 2010), disponible en http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-114A1.pdf

ISBN 978-84-694-0081-4

SEGUNDO. EL USO POLÍTICO Y PARTICIPATIVO DE INTERNET Y LAS REDES SOCIALES

ISBN 978-84-694-0081-4

En este segunto grupo, se incluyen ocho estudios, a saber:

1. "La relación de los periodistas con los lectores. Gestión de la participación del público, sistemas de moderación y modelos de espacio público", por Guillermo López.
2. "El papel del informador en la era de la ciberdemocracia parlamentaria. El ejemplo de los gabinetes de prensa de las asambleas españolas", por Eva Campos.
3. "Web 2.0 y la participación ciudadana en la transparencia administrativa en la sociedad de la información", por Agustí Cerrillo i Martínez.
4. "Las redes sociales en las administraciones. ¿Periodo de pruebas?", por Rafael Rubio Núñez.
5. "La red social como ejemplo de participación: casos y cuestiones", por Francisca Ramón Fernández.
6. "Cargos públicos representativos en las redes sociales: ¿existe incidencia en la relación representativa?", por Antonio Javier Trujillo Pérez.
7. "Youtube": las grabaciones entre diputados y el orden en la Cámara, por Javier Guillem Carrau

ISBN 978-84-694-0081-4

I. La relación de los periodistas con los lectores. Gestión de la participación del público, sistemas de moderación y modelos de espacio público

Guillermo López

Profesor titular de Comunicación

Universidad de Valencia

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado “Audios y vídeos del Congreso”.

Resumen:

El desarrollo de la web 2.0 ha potenciado la aparición de una serie de herramientas interactivas asociadas con los contenidos de los cibermedios. La participación del público, que comporta una serie de ventajas (aumento de las visitas, incremento de la credibilidad, mayor implicación de los lectores), también puede conllevar problemas, tanto legales como de orden comunicativo, que el cibermedio ha de decidir cómo gestionar. Por un lado, decidiendo si establece un registro previo para los usuarios (que puede ser, a su vez, voluntario u obligatorio para publicar); por otro, estipulando el sistema de moderación de los comentarios de los lectores (censura previa, autogestión de los usuarios, ausencia de moderación, etc.).

Palabras clave: *Internet, interactividad, usuarios, cibermedios, moderación, comentarios, censura, Web 2.0*

Una de las principales novedades que supuso Internet, respecto del modelo de la comunicación que proponían los medios impresos y audiovisuales, fue el notable desarrollo que vivió, desde un principio, la interactividad. Frente al modelo jerárquico y fundamentalmente unidireccional, destinado a un público pasivo, que caracteriza a la comunicación de masas, Internet posibilita un sistema de comunicación

ISBN 978-84-694-0081-4

mucho más dinámico, de carácter multidireccional, donde las grandes audiencias, heterogéneas y fundamentalmente pasivas, se ven sustituidas por grupos de usuarios activos, mucho más fragmentarios y diversificados (Bowman & Willis, 2003)

Este nuevo modelo de comunicación privilegia el desarrollo de la interactividad a distintos niveles: a) del usuario con la información, a la que accede a través de diversas vías y que puede adaptar y personalizar a su conveniencia; b) del usuario con los emisores de la información, a los que puede interpelar e incluso dialogar con ellos; y, por supuesto, c) entre los usuarios (López García, 2005: 56-61)[122].

1. Cibermedios e interactividad

Los medios de comunicación que se desarrollan en Internet no son en absoluto ajenos a las posibilidades que ofrece la interacción con el público, si bien encontramos dos dificultades de inicio, ligadas entre sí: la primera, los primeros cibermedios que aparecen en Internet son, fundamentalmente, la traslación de medios convencionales que vuelcan sus contenidos en la red, entendida como un mero canal añadido del mismo producto (Armentia, 2007: 35-36), y no como un nuevo medio, con características propias, un lenguaje específico (el HTML) y, sobre todo, con su propia lógica de intermediación con la audiencia.

La segunda, puesto que los cibermedios que se crean inicialmente en Internet, a lo largo de la década de los noventa, o bien provienen (en su mayoría) de medios preexistentes, o bien están desarrollados según las rutinas periodísticas tradicionales, la interactividad no tiene apenas espacio en su oferta, o es la misma que existía en el pasado (las cartas al director, aquí reconvertidas en buzón o tablón de anuncios).

Sin embargo, como es sabido los contenidos en Internet evolucionan muy rápidamente, y al poco de aparecer muchos cibermedios ya intentan ofrecer a sus lectores algunas vías de expresión, fundamentalmente foros de debate y canales de chat ligados con el medio de comunicación, así como la

---

[122] Podemos simplificarlo aún más, reduciéndolo a dos posibilidades: "la interactividad en el proceso comunicativo y la interactividad en el consumo de información. Es decir, interactividad interpersonal o humana y la interactividad con el contenido" (Domínguez, 2007: 82).

ISBN 978-84-694-0081-4

posibilidad de participar en charlas online con personajes relevantes en algún ámbito de la actualidad o con los propios periodistas del medio; en cambio, es muy poco habitual que aparezca la posibilidad de interactuar directamente en relación con los contenidos publicados por el propio cibermedio, que siguen publicándose como productos pensados para su consumo pasivo, y no para establecer a partir de ahí algún tipo de debate o diálogo por parte del público.

La razón, en parte, es tecnológica: la web que se desarrolla inicialmente es de carácter pasivo, esto es, no admite la interacción sobre el propio contenido por parte de los usuarios (que no pueden comentarla, ni cambiar su aspecto o disposición, ni siquiera recomendarla a otros usuarios a través de la interfaz gráfica). Pero estas limitaciones se reducen considerablemente, o directamente desaparecen, merced a la generalización de una serie de sistemas de publicación y gestión de contenidos que derivan de la revolución de la "Web 2.0".

Dicha revolución consiste, en esencia, en que ha logrado disociarse la creación de contenidos del resto del proceso (maquetación, edición y publicación), todo lo cual ha quedado automatizado merced al uso de bases de datos que se encargan de asociar, a un determinado contenido, una estructura y un diseño predefinidos. Así funcionan los blogs, las redes sociales como Facebook o Tuenti, la Wikipedia, los canales de intercambio de vídeo (Youtube) o imágenes (Flickr), y también sistemas de comunicación fragmentaria tan originales como Twitter.

Y, en lo que a nosotros nos interesa, así pasan a funcionar los cibermedios, no sólo porque integren algunas o todas las herramientas de publicación 2.0 arriba mencionadas como parte de su oferta (por ejemplo, generando redes de blogs de opinión, o comunidades virtuales en torno al medio de comunicación), sino porque sus propios contenidos, publicados mediante CMS (sistemas de gestión de contenidos) en bases de datos, admiten ahora la interactividad directa con el público, a través de la valoración y recomendación de los contenidos y, fundamentalmente, del sistema de comentarios.

ISBN 978-84-694-0081-4

2. Sistemas de moderación

Es, por tanto, en la primera década del siglo XXI, en particular a partir de los años 2003-2004 (cuando comienzan a generalizarse los CMS para los cibermedios), el momento en el que la relación entre los contenidos publicados y los lectores, entre el cibermedio y su público, propicia el desarrollo de diversas formas de interactividad, que los lectores solicitan.

Y ello, evidentemente, implica una serie de decisiones estratégicas por parte del cibermedio. La primera de ellas, decidir si se va a proporcionar al público ese tipo de herramientas. No hacerlo supone someterse a las críticas del público a los modos y formas de la comunicación tradicional, que siguen imperando en el cibermedio, como atestiguaría la renuncia del mismo a ofrecer ese servicio a sus lectores. Si se decide a abrir los comentarios a las informaciones, ello supondrá un aval para el cibermedio y réditos en términos de visitas y páginas vistas (el público visitará y revisitará las distintas páginas de los comentarios a las noticias); pero también cabe valorar el esfuerzo que supone gestionar las aportaciones de los lectores, en términos de tiempo y de dinero, pues o bien los propios periodistas, o bien personas contratadas al efecto, a veces de empresas externas, tendrán que gestionar los nuevos cauces de participación del público[123].

También cabe decidir, si se abren los comentarios, cuál va a ser el sistema de moderación de los comentarios, si es que decide arbitrarse alguno. Asimismo, también es preciso ponderar si se va a exigir un registro previo de los usuarios para poder comentar las noticias.

El registro supone una primera barrera frente a intervenciones indeseadas, individuos que sólo quieren insultar, o difamar, o hacer spam, aprovechando la “tribuna” que suponen los comentarios. Además, ofrece la ventaja, según los datos que se pidan a los usuarios, de que permiten que el cibermedio acceda a una serie de informaciones personales (edad, sexo, clase social, intereses, …) que puedan explotarse publicitariamente (no ya, como en el pasado, con engorrosos envíos por correo electrónico de mails publicitarios, sino integrando en la oferta de contenidos del cibermedio publicidad personalizada con arreglo a los intereses manifestados por cada usuario).

---

[123] De hecho, comienza a generalizarse en los cibermedios la figura del Community Manager, encargado de establecer y potenciar los vínculos con la comunidad de lectores a través de las redes sociales

ISBN 978-84-694-0081-4

El inconveniente obvio es que el registro supone una barrera de entrada que puede disminuir significativamente el flujo de comentarios (y, con él, de visitas). Por esa razón, muchos cibermedios ofrecen la posibilidad de comentar según dos modalidades: como usuario registrado o como usuario anónimo (como hace el diario *El Mundo*, por ejemplo). Lo cual, a su vez, implica que la mayoría de las ventajas del registro, en términos de moderación de los comentarios, se desvanecen.

En cuanto a la moderación de los comentarios, encontramos tres posibilidades:

Censura previa: un periodista del cibermedio, o un empleado (propio o externo), se encarga de revisar todos los comentarios y de autorizar su publicación (como ocurre con los medios de Prensa Ibérica, como *Levante-EMV* o *Información*). El cibermedio evita, con ello, la mayoría de los problemas asociados a un flujo incontrolado de contenidos aportados por los lectores, incluyendo los problemas de tipo legal en que pueda incurrir como responsable subsidiario (si algún usuario, como es más que habitual, utiliza los comentarios para difamar o insultar a alguien, o publica datos privados de otras personas, etc.). En ocasiones, la censura previa puede consistir en el establecimiento de una "lista negra" de palabras prohibidas cuya aparición en un comentario supone, directamente, que dicho comentario no pueda publicarse.

Sin censura previa: el público puede publicar libremente, y en todo caso algunos comentarios pueden verse posteriormente censurados por parte del cibermedio. Es el sistema que emplean los medios del grupo Vocento (*ABC*, *Las Provincias*, *El Correo*, …) en España. Podemos contraponer directamente las ventajas e inconvenientes que reporta respecto de la censura previa: la cadencia de publicación de comentarios es mucho mayor, pero también mucho más descontrolada. En ocasiones menudean los mensajes insultantes o de spam.

Censura autogestionada por el propio público: el público, además de comentar, puede votar los comentarios de los demás, positiva o negativamente. Cuando un comentario recibe muchos votos positivos, aparece destacado; si recibe muchos votos negativos, o bien se oculta a la vista del público (que tiene que pulsar un enlace para acceder a él), o bien es eliminado. El diario *Público* comenzó utilizando este criterio, más o menos

ISBN 978-84-694-0081-4

adaptado del sistema con el que funciona Menéame[124] y otros marcadores sociales, que cuenta con una gran ventaja: reduce la mayor parte de los problemas asociados con la ausencia de censura (los comentarios más agresivos e insultantes, así como la publicidad no deseada, son sistemáticamente "castigados" por el público) sin mermar las facilidades de publicación de comentarios; y, además, lo hace sin coste alguno para el cibermedio.

Este sistema, que pudiera parecer ideal, tiene, empero, un problema: la moderación por parte del público privilegia sistemáticamente, como por otro lado es hasta cierto punto normal, aquellos comentarios que siguen la línea de opinión mayoritaria, y discrimina, en cambio, las opiniones minoritarias. En un proceso casi perfecto de espiral del silencio[125], este tipo de sistema de moderación tiende, casi indefectiblemente, a eliminar la disonancia; y, en consecuencia, a reducir la riqueza del debate desarrollado por parte del público.

---

[124] La diferencia con Menéame es que aquí cuenta también la importancia o el "karma" de cada lector a la hora de votar, de manera que cada voto tiene asignado un valor distinto, y las diferencias entre un usuario veterano y uno novel pueden ser muy elevadas.

[125] La Teoría de la Espiral del Silencio, desarrollada por la socióloga alemana Elisabeth Noelle – Neuman, defiende que la opinión pública se define en términos de *control social*, o de mecanismo para reducir y anular las opiniones disonantes o minoritarias en los asuntos públicos. El proceso de formación de la opinión pública depende en gran medida del miedo al aislamiento de los individuos. Frente al público ilustrado e independiente de la teoría clásica, el público masivo se une, en su mayoría, a las opiniones que son percibidas como mayoritarias para evitar la marginación social, el aislamiento de su opinión y, en general, el ser percibido como "distinto". La democracia de las masas es, en cierto sentido, la tiranía de la opinión pública. El control social se manifiesta en las situaciones de clima de opinión, en las que las opiniones en principio mayoritarias tienden a consolidarse por la presión de la opinión pública, y las minoritarias (o percibidas como tales por el individuo), a diluirse. Estas observaciones sobre el control social como característica básica de la opinión pública en las sociedades de masas llevan a Noelle – Neumann a definir el proceso de formación de la opinión pública como una *espiral del silencio*: La opinión que recibía apoyo explícito parecía más fuerte de lo que era realmente, y la otra opinión más débil. Las observaciones realizadas en unos contextos se extendieron a otros e incitaron a la gente a proclamar sus opiniones o a 'tragárselas' y mantenerse en silencio hasta que, en un proceso en espiral, un punto de vista llegó a dominar la escena pública y el otro desapareció de la conciencia pública al enmudecer sus partidarios. Éste es el proceso que podemos calificar como de 'espiral del silencio' (...) Cuando alguien piensa que los demás le están dando la espalda, sufre tanto que se le puede guiar o manipular tan fácilmente por medio de su propia sensibilidad, como si ésta fuera una brida. Parece que el miedo al aislamiento es la fuerza que pone en marcha la espiral del silencio. Correr en pelotón constituye un estado de relativa felicidad; pero si no es posible, porque no se quiere compartir públicamente una convicción aceptada aparentemente de modo universal, al menos se puede permanecer en silencio como segunda mejor opción, para seguir siendo tolerado por los demás. (1995: 22 – 24).

ISBN 978-84-694-0081-4

3. Conclusiones

La existencia de vías de expresión para el público supone, para los cibermedios que las habilitan, una pérdida de control. Los contenidos, que antes eran recibidos por parte de una audiencia pasiva que no podía articular mecanismos de respuesta, ahora permiten establecer a partir de ahí discusiones, que afectan tanto a los usuarios (que debaten entre sí) como a los periodistas y al propio medio (que pueden recibir en los comentarios todo tipo de valoraciones críticas sobre los contenidos que han publicado).

Este problema se ve sobradamente compensado por las ventajas de todo tipo que confiere la interacción del público a estos cibermedios: en el corto plazo (incremento de las visitas y las páginas vistas) y también en el medio y largo plazo (aumento de la credibilidad, desarrollo de una comunidad de usuarios cohesionada en torno al cibermedio). Por esta razón, tras el camino ya recorrido por los cibermedios en Internet, poner a disposición del público estos mecanismos de interactividad no está sujeto a discusión.

La cuestión que cabe discutir es cómo gestionar ese incesante flujo de comentarios, que implican, como hemos visto, una larga serie de problemas. De tipo legal, pero también comunicativo: mensajes publicados por *trolls* que sólo quieren emborronar el proceso de diálogo; mensajes publicitarios; mensajes publicados por partes interesadas que se hacen pasar por “ciudadanos anónimos”, por ejemplo militantes de un partido político publicando sistemáticamente mensajes en los comentarios para apoyar a dicho partido, como parte de una estrategia de comunicación diseñada previamente, …

La autogestión por parte de los usuarios solventa muchos de los problemas asociados con la censura previa o con el extremo contrario (la ausencia de moderación). Pero implica otro tipo de problemas a los que, por otra parte, no es en absoluto ajeno el devenir del espacio público en Internet, donde el gran público se ha visto sustituido por una serie de públicos cada vez más fragmentarios y más homogéneos según criterios geográficos, socioculturales y, sobre todo, ideológicos (Sunstein, 2003).

Bibliografía

ARMENTIA, José Ignacio (2007). “La lenta evolución del diseño periodístico en la Red”. En LARRONDO, Ainara; SERRANO, Ana (eds.)

(2007). *Diseño periodístico en internet*. Leioa: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. pp. 31-60.

BOWMAN, S., y WILLIS, C. (2003). *We Media. How audiences are shaping the future of news and information*. Disponible en http://www.hypergene.net/wemedia/download/we_media.pdf

DOMÍNGUEZ, Eva (2007). "Interfaces e interactividad: claves para una plástica periodística digital". En LARRONDO, Ainara; SERRANO, Ana (eds.) (2007). *Diseño periodístico en internet*. Leioa: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. pp. 81-102

LÓPEZ GARCÍA, Guillermo (2005). *Modelos de comunicación en Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth (1995). *La espiral del silencio.* Barcelona: Paidós.

SUNSTEIN, Cass R. (2003). *Republica.com. Internet, democracia y libertad*. Barcelona: Paidós.

ISBN 978-84-694-0081-4

II. El papel del informador en la era de la ciberdemocracia parlamentaria. El ejemplo de los gabinetes de prensa de las asambleas españolas

Eva Campos

Profesora Ayudante Doctora, Acreditada

Universidad de Valladolid

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado "Audios y vídeos del Congreso".

Resumen: *Este texto presenta los resultados de una investigación exploratoria que tiene como objetivo conocer qué herramientas, de la clasificadas en la web 1.0 y en la web 2.0 (López García, 2008), utilizan los gabinetes de prensa de los parlamentos españoles para difundir la información de las respectivas cámaras a los ciudadanos. Además, este trabajo pretende ofrecer información sobre quiénes son los destinatarios de la información que publican estos gabinetes, si actualizan la web del parlamento y disponen de herramientas colaborativas. Para abordar este trabajo, esta investigación parte de un estudio previo (Campos, 2009) en el que se muestra que los parlamentos españoles todavía no se han adaptado a la web 2.0. El trabajo de campo se sustenta en un cuestionario remitido a los gabinetes de prensa de los parlamentos españoles con el fin de conocer qué herramientas están utilizando y qué perspectivas de implantación tienen sus instituciones para fomentar información más transparente.*

Palabras clave: *Parlamento, Internet, Periodismo, web 1.0, web 2.0, Ciberdemocracia parlamentaria, Weblogs, Redes sociales, Gabinetes de prensa, Comunicación Política*

1. Introducción

Si entendemos que Internet está propiciando que los medios evolucionen hacia otros formatos de comunicación que se integran dentro de

ISBN 978-84-694-0081-4

la "era de la participación"[126] es necesario matizar que existen diferentes niveles de participación: desde el primer eslabón que se limita a la mera información propia de un sistema de comunicación vertical[127] –que posibilitan herramientas como los sitios web, boletines de noticias, sindicación de contenidos, etc.– hacia la plena interacción comunicativa con o entre los ciudadanos,[128] pasando por herramientas que autores como Sánchez González[129] o López García[130] enmarcan dentro de la llamada web 1.0 –el correo electrónico, los formularios, encuestas, chats, foros de debate, tablones de anuncios, entre otros– y de la web 2.0, en un estadio superior y más relacionado con la comunicación viral –donde estarían las herramientas colaborativas, blogs, wikis o redes sociales–.[131]

Por otro lado, partiendo de que el parlamento es una de las instituciones de las democracias representativas occidentales que ha suscitado más interés en el ámbito académico a la hora de llevar a cabo estudios sobre la introducción de las nuevas tecnologías de la información en estas instituciones,[132] el objetivo de esta investigación exploratoria es tratar de conocer qué herramientas de la llamada web 1.0 o de la web 2.0 utilizan los gabinetes de prensa de los parlamentos españoles para difundir la actividad de las respectivas cámaras.

---

[126] BERNAL TRIVIÑO, Ana I., "Influencia de las redes sociales en los medios de comunicación", *Evolución tecnológica y cibermedios*, Comunicación Social, Zamora, 2010, págs. 112-128.

[127] CASTELLS, Manuel, "La comunicación en la era digital", *Comunicación y poder*, Alianza Editorial, Torrejón de Ardoz (Madrid), 2010, págs. 87-198.

[128] CAMPOS DOMÍNGUEZ, Eva, *El desarrollo de la ciberdemocracia en el Congreso de los Diputados. La Comunicación e interacción entre ciudadanos y parlamentarios a través de Internet (2004-2008)* [Tesis Doctoral], Universidad Complutense de Madrid, 2009, págs. 43-74.

[129] SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María, "Efecto de la tecnología sobre la participación de las audiencias", *Evolución tecnológica y cibermedios,* Comunicación Social, Zamora, 2010, págs. 87-111.

[130] LÓPEZ GARCÍA, Guillermo, *Modelos de comunicación en Internet*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

[131] LÓPEZ, Xosé, "La participación en los diarios digitales: similitudes y diferencias entre los cibermedios españoles y los brasileños", *VI Encontro nacional de Pesquisadores em Jornalismo*. Universidade Metodista de Sao Paulo, 2008. Disponible en: http://sbpjor.kamotini.kinghost.net/sbpjor/admjor/arquivos/coordenada4xoselopez.pdf [Última Consulta: 26/10/2010].

[132] CAMPOS DOMÍNGUEZ, Eva, "Información e interacción en las sedes virtuales de los parlamentos españoles (2004-2008)", *Textual & Visual Media*, Madrid, Sociedad Española de Periodística, núm. 3, 2010.

ISBN 978-84-694-0081-4

Como precedentes, otras investigaciones anteriores han revelado que, a finales de la VIII Legislatura de las Cortes Generales (2004-2008), el departamento de prensa era, en el conjunto de los parlamentos españoles, el área más remisa a la hora de publicar una dirección de correo electrónico en el sitio web oficial del respectivo departamento. Es decir, frente a servicios como "atención al ciudadano", "presidencia de la cámara", "visitas al parlamento" –que facilitaban en la mayoría de las sedes virtuales parlamentarias una dirección de *e-mail*– otros, encabezado por los gabinetes de prensa de los parlamentos y seguido por los grupos parlamentarios eran los que, en número, menos ofrecían su dirección electrónica en este sitio web. Por otro lado, de ese mismo trabajo anterior se concluye que ninguno de los gabinetes o departamentos de prensa de estos parlamentos españoles incluían, a finales de 2007, herramientas de interacción enlazadas desde el sitio web oficial del propio parlamento.[133]

2. Metodología

Para abordar la pregunta fundamental de esta investigación –¿Qué herramientas de difusión de información de la web 1.0 o de la web 2.0 utilizan los departamentos de prensa de los parlamentos españoles para trasladar a los ciudadanos la actualidad de la cámara?– se optó por enviar un cuestionario, por correo electrónico, a los respectivos gabinetes de prensa en septiembre de 2010.

El cuestionario lo conformaban diez preguntas que trataban de conocer desde aspectos generales del funcionamiento del área –cuántas personas componen el gabinete o cuáles son las tareas principales–, hasta qué herramientas de Internet emplean o, en caso negativo, si la institución tiene previsto implantar algún tipo de acción para fomentar el uso de estas herramientas para difundir la labor de comunicación del parlamento.

Como hipótesis de investigación se formularon las siguientes: H1) Entre las principales tareas de los gabinetes de prensa de los parlamentos, figura la actualización de la página web. H2) Por el momento, ningún gabinete de prensa parlamentario dispone todavía de blog, wiki ni otra

---

[133] CAMPOS DOMÍNGUEZ, Eva, *El desarrollo de la ciberdemocracia en el Congreso de los Diputados. La Comunicación e interacción entre ciudadanos y parlamentarios a través de Internet (2004-2008)* [Tesis Doctoral], Universidad Complutense de Madrid, 2009, págs. 213-298.

ISBN 978-84-694-0081-4

herramienta de la web 2.0, entre las que se incluyen las redes sociales. H3) Sin embargo, entre las previsiones a corto o medio plazo de estos departamentos figura la inclusión de algunas de estas herramientas para la difusión de la actividad de la cámara al ciudadano final.

Respondieron el cuestionario ocho[134] de los diecinueve departamentos que recibieron el correo electrónico –diecisiete parlamentos autonómicos y las Cortes Generales–, es decir, el 42%.

3. Resultados

La mayoría de los cuestionarios fueron respondidos por el jefe de prensa de las respectivas cámaras: cuatro de ellos, frente a un periodista del gabinete, un asesor y un director adjunto al gabinete de presidencia. De los ocho, la mitad tiene entre 51 y 60 años, dos se ubican en el grupo etario de 31 a 40 años y únicamente uno de los respondientes es menor de 30 años.

Por sexos, se equipara el número de hombres y mujeres (cuatro y cuatro). De los siete que indicaron son formación académica, todos menos uno son Licenciados en Ciencias de la Información o Periodismo, y el séptimo cuenta con otra licenciatura.

El número de trabajadores que integran los gabinetes de prensa de los parlamentos españoles oscila entre los dos y los ocho, incluyendo administrativos, ordenanzas, periodistas, etc. Ninguno de ellos está actualmente dedicado a labores específicas de gestión y actualización de las herramientas de la web 2.0.

Todos ellos tienen, entre sus principales tareas, la de atención a los medios tradicionales, como lo indica una de las respuestas: *“El Servicio de Documentación de Prensa se dedica a alimentar la base de noticias que a diario se seleccionan, susceptibles de ser utilizadas posteriormente por los diputados para documentar una intervención. Está compuesto por dos documentalistas y un administrativo, que sustituye al administrativo del Gabinete de Prensa en época de vacaciones o bajas por enfermedad. El ordenanza se encarga básicamente de fotocopiar el dossier diario de prensa*

---

[134] Los departamentos de prensa que respondieron a este cuestionario se corresponden con los siguientes: Parlamento de Navarra, Parlamento de Andalucía, Asamblea de Murcia, Cortes de Castilla y León, *Corts Valencianes*, Parlamento de Galicia, Asamblea de Madrid y Senado.

ISBN 978-84-694-0081-4

y de auxiliar al jefe de prensa en todas sus tareas –preparación de dosieres, acondicionamiento de la sala de prensa, etc.–. El administrativo del Gabinete se encarga de llevar al día, bajo la supervisión del Jefe de Prensa, la contabilidad relativa a la publicidad que hace la cámara o la derivada de convenios con medios de comunicación […], búsqueda de documentación para la elaboración de dosieres, etc. El Jefe del Gabinete de Prensa se encarga de las relaciones con los medios de comunicación, tanto informativas como publicitarias, y de todas las actuaciones que se derivan de esta tarea: elaboración de notas de prensa, preparación de documentación para el seguimiento de las sesiones parlamentarias por los periodistas, convocatoria de ruedas de prensa, elaboración de dosieres de prensa diarios y selección de las noticias para la base de datos de Documentación, y tareas de protocolo, apoyando al Jefe del Gabinete de Presidencia en determinados actos o coordinando y dirigiendo otros".

Además, todos los departamentos de prensa actualizan el sitio web de la cámara, salvo uno, que lo realizan "*los servicios técnicos de la asamblea con la información que le facilitamos"*. Las secciones susceptibles de actualización son aquellas vinculadas con la agenda y actualidad, y en algunos casos también se incluye la sección de currículos. Seis de los ochos actualizan diariamente dichas páginas web, y los dos restantes cuando tiene lugar una noticia o novedad: *"Hasta hace poco nos encargábamos de todo, pero ahora sólo de la actualización de currículos, y de apartados de actualidad y agenda".*

Ningún gabinete de prensa de los parlamentos que han respondido a este cuestionario dispone de *weblog*, redes sociales ni de ninguna otra herramienta de la web 2.0 para difundir la actividad del parlamento a los ciudadanos. Aunque cuatro de los ocho que respondieron indicaron que su institución contempla, a corto o medio plazo, alguna acción para fomentar el uso de estas herramientas y difundir la labor de comunicación del parlamento: *"Actualmente se está remodelando la página web y una de las novedades será la inclusión de estas herramientas (posiblemente Twitter). Habrá una persona encargada de esa actualización".*

Es preciso notar, no obstante, que dos de estos cuatro se referían a blogs o redes sociales de los propios diputados, y en su respuestas no quedaba claro sí también si incluían herramientas para el propio gabinete de prensa: "*Sí, pero dependerá del grado de implicación de los diputados".*

ISBN 978-84-694-0081-4

4. Discusión

Los datos obtenidos permiten afirmar que los gabinetes de prensa de los parlamentos españoles no están todavía utilizando las herramientas de la web 2.0 para difundir los contenidos e información del parlamento a la ciudadanía. Su sistema de información se basa en el esquema clásico de información vertical y, por tanto, se dirigen de modo casi exclusivo a los profesionales de información o periodistas de otros medios. Así, en la mayoría de los casos, sus receptores directos siguen siendo los periodistas de otros medios, y todavía no puede considerarse que los departamentos de prensa contemplen como lectores al usuario final que accede a estas herramientas de la web 2.0 para informarse, de primera mano, de la actividad de la cámara.

Esta idea se refuerza con lo que otros autores han venido destacando: *"Los contenidos difundidos por los sitios web parlamentarios siguen estando dirigidos a un público experto en la actividad parlamentaria en cuanto: es conocedor de los términos parlamentarios, comprende el proceso legislativo y cómo se elaboran las leyes, y entiende el funcionamiento de la cámara. De tal modo que los contenidos dirigidos al ciudadano común se ciñen, en el mejor de los casos, a reducidos espacios en el sitio web que publican una explicación introductoria muy básica de qué es y cómo funciona el parlamento y, generalmente, se escenifica para públicos concretos –principalmente jóvenes y niños–"*.[135,136]

Con todo ello, los datos obtenidos sí permiten vislumbrar que los parlamentos españoles están empezando a adaptarse a los nuevos medios como difusores de información o, en palabras de Dutton, al "quinto poder".[137] Estos esfuerzos se observan no sólo en los planes o estrategias que los gabinetes contemplan a la hora de introducir alguna herramienta de la web 2.0 a su quehacer informativo, sino también en lo que algunos respondientes

---

[135] CAMPOS DOMÍNGUEZ, Eva, *El desarrollo de la ciberdemocracia en el Congreso de los Diputados. La Comunicación e interacción entre ciudadanos y parlamentarios a través de Internet (2004-2008)* [Tesis Doctoral], Universidad Complutense de Madrid, 2009, pág. 290.

[136] RAMOS VIELBA, Irene y CLABO CLEMENTE, Néstor, "Presencia de la documentación parlamentaria en las páginas web españolas", *Revista General de la Información y Documentación*, Facultad de Ciencias de la Información, Madrid, 2002, vol. 12, núm. 1, págs. 55-91.

[137] DUTTON, William, "The Fifth Estate: democratic social accountability through the emerging network of networks", *Understanding e-Government in Europe*, Routledge, Londres y Nueva York, págs.3-18.

ISBN 978-84-694-0081-4

han indicado al afirmar que en el gabinete se destinará a algún miembro del equipo a la gestión y actualización de estas herramientas. Sin llegar a contar con un equipo propio destinado a "nuevos medios" –como por ejemplo, el equipo de campaña de Obama[138] o de OpenData[139] del gobierno vasco– las asambleas españolas pretenden, en su mayoría, a corto o medio plazo implantar herramientas de la web 2.0 que permita a los usuarios o lectores finales acceder directamente a la información, sin tener que pasar antes por el filtro de los medios de comunicación tradicionales.

Por tanto, esta investigación sí permite concluir que una minoría de los parlamentos españoles han empezado a explotar las posibilidades de comunicación e información que le permiten estas herramientas digitales y, por tanto, se abre una nueva etapa de comunicación en las asambleas españolas, no sólo abanderada por las acciones comunicativas que puedan realizar los parlamentarios, sino también las propias instituciones a través, por ejemplo, de sus gabinetes de prensa.

---

[138] HARFOUSH, Rahaf, *Yes We Did: Como construimos la marca Obama a través de las redes sociales*, Planeta, Barcelona, 2010.

[139] Disponible en http://opendata.euskadi.net/w79-home/es [Última consulta: 26/10/2010]

ISBN 978-84-694-0081-4

III. Web 2.0 y la participación ciudadana en la transparencia administrativa en la sociedad de la información

Agustí Cerrillo i Martínez

Catedrático de Derecho Administrativo

Universitat Oberta de Catalunya

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado “Audios y vídeos del Congreso”.

Resumen:

A lo largo de la ponencia se muestra cómo la Web 2.0 está diversificando los canales utilizados por los ciudadanos para acceder a la información del sector público y además está facilitando que los propios ciudadanos participen en la difusión de información del sector público contribuyendo de éste modo a incrementar la transparencia administrativa. Cada vez más los ciudadanos acceden a la información del sector público a través de los servicios prestados por otros ciudadanos en vez de sitios Web u otras herramientas creadas por las Administraciones públicas.Esta evolución, que a priori puede considerarse positiva desde la perspectiva de la transparencia de la actividad administrativa, exige adoptar varias medidas para garantizar que la difusión de información del sector público a través de la Web 2.0 redunde efectivamente en una mayor transparencia y que de este modo la información del sector público llegue a todos los ciudadanos cuando se utiliza la Web 2.0 independientemente de quien la haya difundido. Para ello es necesario garantizar la calidad de la información del sector público difundida así como su accesibilidad, en el sentido, de evitar las posibles asimetrías en su difusión.

A tal fin, en la ponencia se propone la adopción de diferentes medidas para garantizar que la información del sector público que se difunde tanto por las Administraciones públicas como por los ciudadanos sea accesible y de calidad a través del desarrollo de las normas reguladoras de la administración electrónica, el acceso a la información y su reutilización así como la adopción de instrumentos como las condiciones específicas

ISBN 978-84-694-0081-4

incluidas en las licencias de reutilización, los códigos de conducta, los sellos de calidad y los mecanismos de alerta en línea.

Palabras clave: *Información del sector público, transparencia administrativa, reutilización*

1. Web 2.0 y la pluralidad de actores en la difusión de información del sector público

La difusión de información del sector público sigue siendo la principal manifestación de la administración electrónica. Según el Instituto Nacional de Estadística, en 2009 el 57% de los españoles han utilizado Internet para obtener información de las Administraciones públicas, frente al 36,5% que lo han hecho para descargar formularios y el 24,9% para enviarlos cumplimentados a las Administraciones públicas.[140]

La difusión de la información del sector público a través de medios electrónicos facilita que los ciudadanos y las empresas puedan llevar a cabo sus actividades, ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones ante la administración pública pero también desde un punto de vista general, la difusión de información del sector público es un mecanismo para aumentar la transparencia administrativa y por ende la legitimidad democrática de las Administraciones públicas.[141] Por último, no podemos olvidar el valor de la información del sector público como materia prima para la producción de bienes y servicios en la sociedad de la información.[142]

De todos estos usos, en esta ponencia nos interesa destacar particularmente aquéllos que permiten a los ciudadanos conocer qué sucede

---

[140] Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de la Información y Comunicación en los hogares 2010 elaborada por el INE.

[141] MEIJER, A. (2009). Understanding modern transparency. *International Review of Administrative Sciences, 75* (2); ARENA, G. (2008). Le diverse finalità della trasparenza amministrativa. En: Merloni, F. (Ed.), *La trasparenza amministrativa*. Milano: Giuffrè, p.33.

[142] Comisión Europea. (1998). *La información del sector público: un recurso clave parar Europa. Libro Verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información. COM (1998) 585*; Comisión Europea. (2009). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Reutilización de la información del sector público - Revisión de la Directiva 2003/98/CE - COM(2009) 212 final*.

en el interior de las oficinas administrativas y que, de este modo, redundan en la transparencia administrativa.

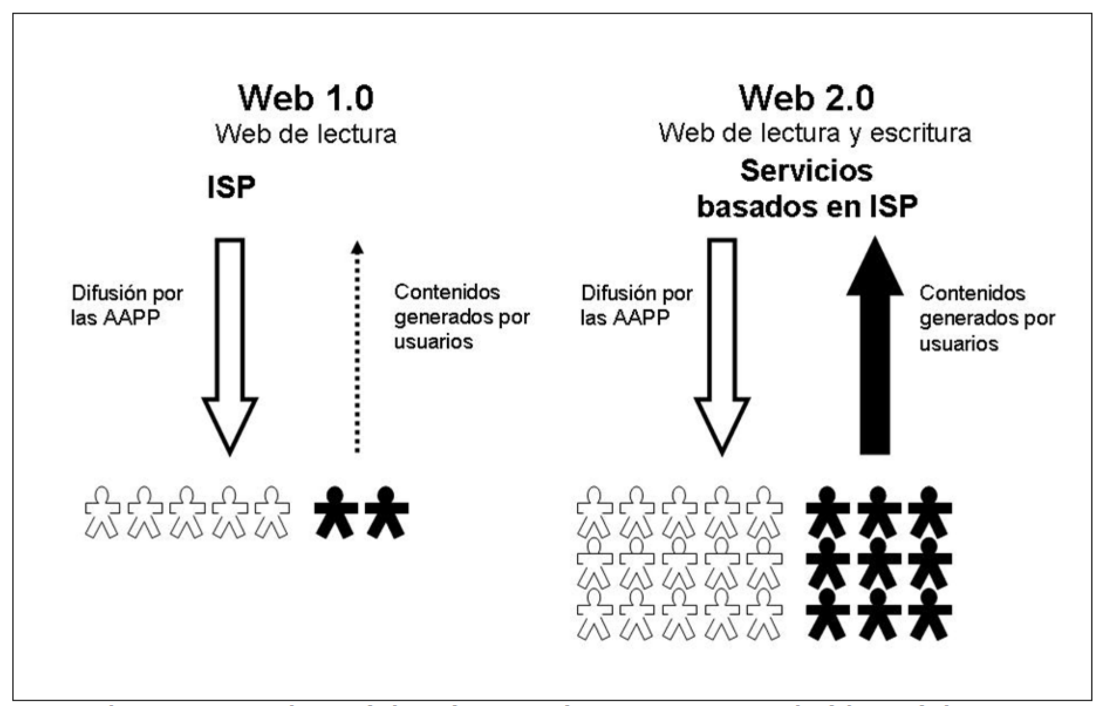


Ilustración 1: Evolución de la Web 1.0 a Web 2.0 y su impacto en la difusión de la ISP

La difusión de la información del sector público se ha visto favorecida por la evolución de los mecanismos a través de los que se ha canalizado. Desde el teléfono a los mensajes cortos de texto (SMS) pasando por la creación de páginas Web son diferentes los canales y las aplicaciones utilizadas por las Administraciones públicas para difundir información del sector público.[143]

En Internet, se ha producido una evolución hacia la Web 2.0 de las aplicaciones utilizadas que se refleja en los usos que las Administraciones públicas hacen de la red. Si la Web 1.0 permite a las Administraciones públicas difundir información del sector público, la Web 2.0 posibilita que tanto las Administraciones públicas como los ciudadanos se conviertan en difusores de información mediante la interacción y la producción de nuevos

---

[143] OSIMO, D., ZINNBAUER, D. y BIANCHI, A. (2007). *The Future of eGovernment An exploration of ICT-driven models of eGovernment for the EU in 2020*. Sevilla: Institute for Prospective Technological Studies.

ISBN 978-84-694-0081-4

servicios basados en la información del sector público dando lugar lo que algunos han llamado *transparencia colaborativa*.[144]

Esta evolución tecnológica permite observar una evolución en los mecanismos de difusión de la información del sector público pasando de la difusión pasiva donde son los ciudadanos los que acceden a la fuente de información a través del teléfono o Internet, a la difusión activa cuando los ciudadanos se suscriben a un servicio de información del sector público expresando sus preferencias a las que la Administración Pública responde proporcionando información electrónica, por ejemplo, a través de correo electrónico o los mensajes cortos de texto (SMS). Posteriormente, con el surgimiento de la Web 2.0 los ciudadanos pasan a ser productores y consumidores activos de la información generada tanto por las Administraciones públicas, como por los demás ciudadanos.

El aumento de la participación ciudadana en la difusión de la información del sector público tiene un impacto en la mejora de la transparencia, en la medida en que facilitan una mayor repercusión de la misma.[145] De aquí que autores como Fung, Graham y Weil apunten que está surgiendo un nuevo estadio en los mecanismos de transparencia que permite a los usuarios proporcionar información y compartir información. Estos mecanismos se caracterizan además por ser más interactivos y personalizados.[146]

La Web 2.0 pueden tener diferentes orígenes y aplicaciones en relación a la difusión de información del sector público.

Las Administraciones públicas pueden incorporar estas herramientas con el objetivo de fortalecer las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos y difundir información del sector público o facilitar la participación ciudadana en los asuntos públicos. Cada día son más las Administraciones públicas que utilizan blogs, wikis o redes sociales.

Un ejemplo lo encontramos en la administración de la Generalitat de Cataluña que ha hecho evolucionar su página Web informativa clásica hacia

---

[144] FUNG, A., GRAHAM, M. y WEIL, D. (2007). *Full disclosure. The perils and promise of transparency*. New York: Cambridge University Press, p.152.

[145] OSIMO, D. (2008). Benchmarking eGovernment in the Web 2.0 era: what to measure, and how. *European Journal of ePractice, 4* (august).

[146] FUNG, A., GRAHAM, M. y WEIL, D. (2007). *Full disclosure. The perils and promise of transparency*. New York: Cambridge University Press, p.154 y 159.

ISBN 978-84-694-0081-4

un sitio participativo, que ofrece a los usuarios la opción de personalizar los contenidos y, en definitiva, permitirle una mayor participación.[147]

La Web 2.0 también está siendo utilizada por los empleados públicos para difundir información relacionada con las Administraciones públicas y, en particular, la administración electrónica.[148]

Los ciudadanos también están utilizando la Web 2.0 para difundir información del sector público.



Ilustración 2: Evolución Gencat

Así, por ejemplo, en la siguiente ilustración pueden verse juntas las cámaras de tráfico de Vizcaya (España) a través de una única página Web que también agrega información acerca de los accidentes de tráfico u otros problemas relacionados con el tráfico.[149] Otro ejemplo incluido es el de *Qué Tiempo*, un *mash-up* que une los mapas de *Google Maps* con información obtenida de la Agencia Española de Meteorología (AEMET), para informar

[147] http://www.gencat.cat/nougencat/cas/participacio.htm (última consulta: octubre 2010).

[148] Véase, como ejemplo el blog *Administración en red* (http://eadminblog.net/) (última consulta: octubre 2010).

[149] http://www.kretinos.com/trafico/index.asp (última consulta: octubre 2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

sobre el tiempo de los 1000 municipios españoles.[150] Finalmente, un tercer ejemplo recogido es el de *Rodalia.info* que ofrece en tiempo real la información sobre el servicio de Cercanías que aportan los usuarios vía *Twitter*.[151]

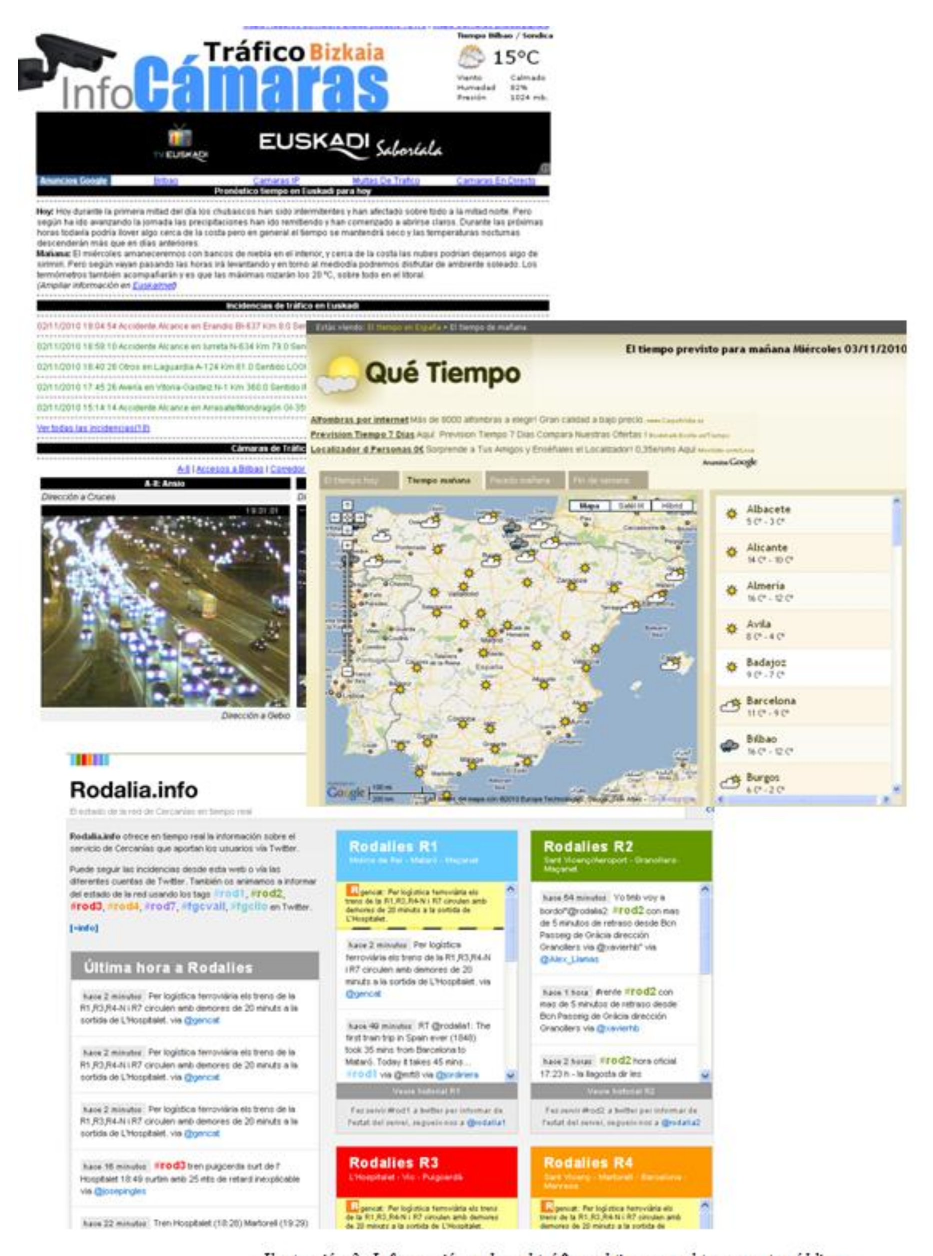


Ilustración 3: Información sobre el tráfico, el tiempo y el transporte público

150 http://www.quetiempo.es (última consulta: octubre 2010).

151 http://rodalia.info (última consulta: octubre 2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

A través de las redes sociales los ciudadanos pueden compartir información del sector público por ejemplo sobre la atención recibida en los hospitales públicos. La naturaleza viral de estas herramientas hace que la difusión de información sea más fácil y más rápida.[152]

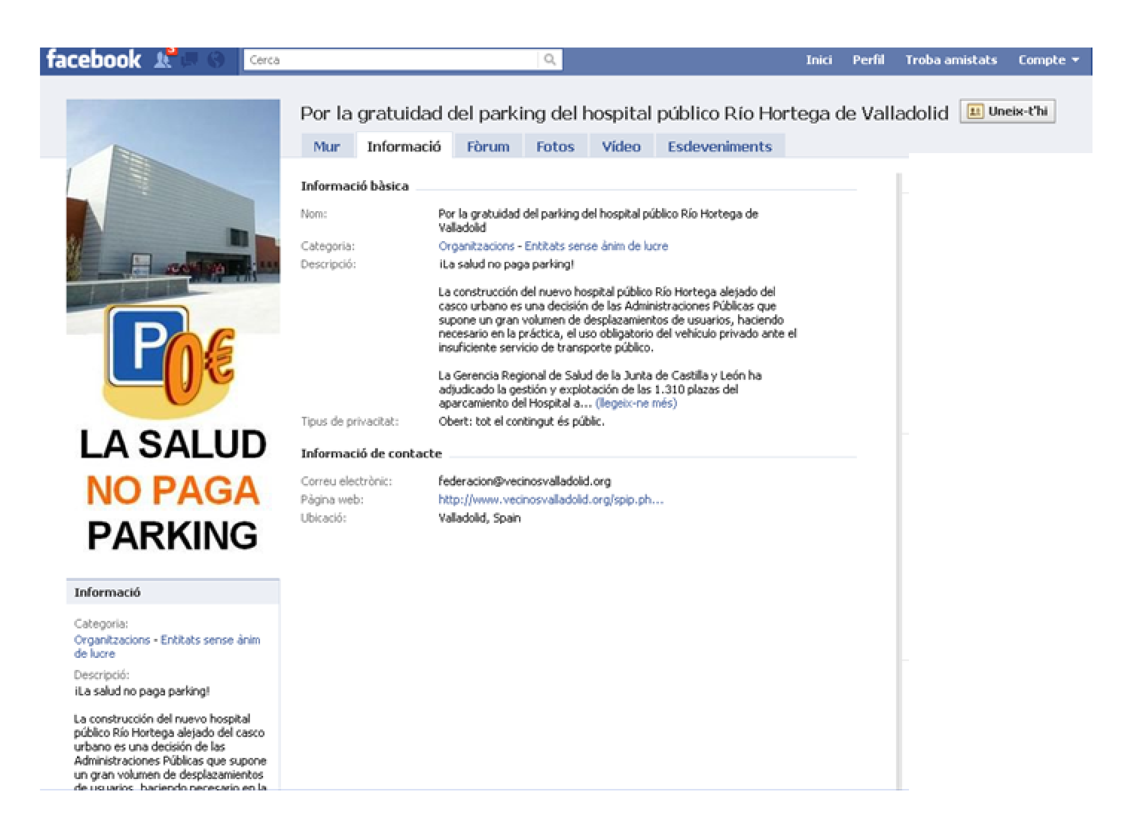


Ilustración 4: Grupo en Facebook relativo a un hospital público

Cada vez más ciudadanos acceden a la información del sector público a través de servicios prestados por otros ciudadanos, en vez de sitios Web u otras aplicaciones implementadas por las Administraciones públicas. Así lo demuestra, por ejemplo, el Barómetro de marzo de 2009 del CIS, según el cual entre los ciudadanos que utilizan Internet cuando necesitan información del sector público, el 68,9% utiliza un buscador general (Google, Yahoo, etc.), mientras que el 4,8% lo hacen a través del portal de información general de la Administración (060) y el 24,3% mediante la página del

[152] CHANG, A.-M. y KANNAN, P. K. (2008) Leveraging Web 2.0 in Government. Washington: IBM Center for The Business of Government, p.20.

ISBN 978-84-694-0081-4

organismo responsable del servicio.[153] Asimismo, han ido surgiendo iniciativas ciudadanas que promueven la reutilización de la información del sector público con el objetivo de incrementar la transparencia administrativa.[154]

Desde un punto de vista general, la difusión de información del sector público por los ciudadanos a través de la Web 2.0 no es sino una manifestación de la reutilización de la información del sector público que es definida como “el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública".[155] Como ya se ha señalado en otra ocasión al analizar la evolución de la normativa europea sobre la reutilización de información del sector público, "la transposición de la directiva y la práctica subsiguiente debe promover la búsqueda de nuevas fórmulas de acuerdo público-privado que supongan una redistribución de las tareas que deben realizar los diferentes actores que intervengan en el proceso de reutilización y explotación comercial de la información del sector público".[156] Aunque generalmente se ha vinculado la reutilización de la información del sector público con su comercialización, también debe considerarse la utilización de la información del sector público con otros fines como puede ser la transparencia del sector público.

En resumen, la Web 2.0 ha diversificado los canales utilizados por los ciudadanos para acceder a la información del sector público. Pero a la vez está permitiendo que los propios ciudadanos participen en la difusión de información del sector público. Por lo tanto, la extensión de la Web 2.0 sitúa a los ciudadanos no sólo como destinatarios de la información difundida por las Administraciones públicas por medios electrónicos, sino también como

---

[153] En la misma línea, MARGETTS, H. y ESCHER, T. (2007). *Understanding Governments and Citizens On-line: Learning from E-commerce.* Paper presentado en el *Annual meeting of the American Political Science Association*.

[154] Así, por ejemplo, *Pro Bono Publico* es una asociación que busca la apertura de datos públicos y el uso de la tecnología para aumentar la transparencia como forma de mejorar nuestra vida en sociedad (http://probp.jottit.com/) (última consulta: octubre 2010).

[155] Artículo 3 Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

[156] CERRILLO i MARTÍNEZ, A. (2006). La información del sector público: del acceso a la reutilización. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y GALÁN GALÁN, A. (Eds.), *La reutilización de la información del sector público*. Granada: Comares, p.23.

ISBN 978-84-694-0081-4

transmisores de la misma.[157] De este modo, con la Web 2.0, la transparencia ya no es un asunto exclusivo de la administración pública, sino los propios ciudadanos pueden participar en la difusión de la información del sector público contribuyendo de este modo a incrementar la transparencia administrativa.

2. ¿Cómo se puede mejorar el uso de la Web 2.0 en la difusión de información del sector público a través del derecho?

A pesar del impacto potencial de la Web 2.0 y de los diferentes usos que, como se ha visto, tanto las Administraciones públicas como los ciudadanos puedan realizar, no se garantiza *a priori* la distribución de la información del sector público ni que ésta sea simétrica. El desarrollo tecnológico de la administración electrónica no significa directamente una mayor transparencia ni una mejora en las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos. A pesar del impacto social de la Web 2.0, la difusión de la información del sector público a través de estas aplicaciones no es garantía de que llegue a todos los ciudadanos o que lo haga con la calidad necesaria para que cumpla con todas las funciones previstas.

En este sentido, Schmidt-Assmann ha declarado que "no necesariamente el aumento de información disponible conduce a unas mayores cotas de libertad. Más bien se crean nuevas asimetrías, que obligan a plantearse si no existe una responsabilidad estatal en la procura de la información".[158] Estos mecanismos pueden estar basados en la tecnología, mediante la adición de nuevos canales y mecanismos de difusión de la información. Pero también es necesario que el derecho garantice algunos principios para permitir tanto que el público pueda acceder a la información del sector público como que lo haga con la calidad necesaria. Del mismo modo, Pitschas ha señalado que “el intercambio y la comunicación entre los actores públicos y privados acerca de las necesidades de información que demanda la sociedad con ocasión del ejercicio de las funciones de dirección que corresponden al Gobierno y a la Administración, tienen como

[157] FAGES, R. y SANGÜESA, R. (2008). Good practice exchange from a Web 2.0 point of view. *European Journal of ePractice, 1*.

[158] SCHMIDT-ASSMANN, E. (1998). *La teoría general del Derecho administrativo como sistema* (edición 2003). Madrid: INAP-Marcial Pons, p.293.

ISBN 978-84-694-0081-4

consecuencia (señaladamente, mediante los servicios ofertados en red) la ampliación de los puntos de contacto, en todos los niveles, entre los ciudadanos, el mundo económico y la Administración. Ello obliga a redefinir las funciones clásicas del Estado y de la Administración en este nuevo entorno en cambio, que tanto les influye. Esta redefinición cristaliza en torno al concepto de la gobernanza electrónica, con la que pretende dirigirse, de la mano de la técnica, la función de gobierno y de administrar en la era de la información".[159]

La participación de los ciudadanos en la difusión de la información del sector público puede afectar a la distribución de la misma así como a la calidad ante la dificultad para actualizarla, mantener su objetividad o integridad.

Ante las asimetrías que se puedan generar así como los problemas vinculados con la falta de calidad derivados del uso de la Web 2.0 es necesario la adopción de diferentes mecanismos que permitan hacer frente a las mismas para promover la más amplia difusión y el intercambio de información del sector público. Estos mecanismos pueden tener como destinatarios a las propias Administraciones públicas o a los ciudadanos.

2. 1. La difusión de información del sector público por las Administraciones públicas a través de la Web 2.0

La difusión de información del sector público a través de la Web 2.0 exige regular diferentes cuestiones con el fin de garantizar tanto la transparencia como la igualdad, la accesibilidad y la calidad a la información del sector público.

Aunque en este artículo no tenemos la oportunidad de profundizar en este aspecto, no podemos ignorar el hecho de que es necesario que la información del sector público cumpla algunas características previstas por el ordenamiento jurídico para que pueda alcanzar las finalidades previstas. Estas características deben tenerse en cuenta no sólo por las Administraciones públicas, sino también por aquellos, ya sean particulares o empresas, que difunden información del sector público. De lo contrario, los

[159] PITSCHAS, R. (2006). El derecho administrativo de la información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico. En: Barnés, J. (Ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Derecho Global, p.220.

ISBN 978-84-694-0081-4

ciudadanos, cuando conozcan la información del sector público a través de la Web 2.0, pueden no tener garantía de la calidad de la información u otros requisitos que la información del sector público debe tener. Esto puede llevar a falsas expectativas acerca de un servicio de difusión de información del sector público basado en la creencia de que dicha información que se difunden mantiene las mismas características originarias. Pero de hecho, puede haber perdido alguna de las características que la definen cuando está en poder de las Administraciones públicas, y puede incluso haber sido distorsionada.

En esta línea, los principios de la administración electrónica puedan garantizar que la información del sector público que se difunde a través de la Web 2.0 pueda cumplir con sus funciones con independencia de la persona u organismo responsable de su difusión (Administración pública o ciudadanos).

Actualmente, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAECSP) y las normas autonómicas y locales que la han desarrollado han incorporado diferentes principios con tal fin. Sin embargo, en algunos casos, más allá de su previsión normativa no han sido objeto de una atención especial ni por el propio legislador, que no ha previsto mecanismos específicos para hacerlos efectivos, ni por las Administraciones públicas que no han desarrollado aplicaciones para facilitar su completa eficacia.

En primer lugar, la transparencia. Este es el principio fundamental cuando se habla de la difusión de información del sector público. La transparencia se basa en el conocimiento público de la información del sector público. En un sentido amplio, la transparencia puede ser vista como una casa de cristal que muestra lo que hay en el otro lado de las puertas de las oficinas públicas.

En segundo lugar, la accesibilidad. Es importante proporcionar la información del sector público, pero también facilitar su acceso. Más allá de la creación de medidas que permitan a las personas discapacitadas acceder a la información, el principio de la accesibilidad debe ser definida más ampliamente al referirse a la seguridad y la comprensibilidad de la información y el acceso universal y diseño para que pueda acceder a través de todos los formatos, canales y entornos.

En tercer lugar, la calidad. La calidad se refiere a las características que hacen que la información del sector público sea útil para las finalidades

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

propuestas. La calidad es un concepto multidimensional que debe ir más allá de la veracidad y la autenticidad y la demanda que la información del sector público debe ser actualizada, objetiva (completa, veraz y precisa), útil (clara, sencilla, comprensible y fácil de encontrar) y accesible.[160]

En cuarto lugar, la responsabilidad. Cuando los ciudadanos confiando en la información proporcionada por una Administración pública o por otro ciudadano sufren algún daño deben poder ser indemnizados por la falta de calidad de dicha información. Sin embargo, hay algunas excepciones a este principio. De hecho, esta ampliamente aceptado por la doctrina la aplicabilidad a las Administraciones públicas de las exenciones de responsabilidad previstas por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de Comercio Electrónico para los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información.[161] Para informar sobre el alcance de la responsabilidad en relación a los diferentes tipos de información que puedan difundir las Administraciones públicas y los ciudadanos a través de la Web 2.0 pueden utilizarse cláusulas legales o condiciones de uso que informen sobre el alcance de la responsabilidad de acuerdo con lo que prevé el ordenamiento jurídico.

Asimismo, deben tenerse en cuenta otros principios previstos en la normativa de administración electrónica como la interoperabilidad, la neutralidad o la seguridad tienen un impacto evidente en esta cuestión. Asimismo, no se puede olvidar que la difusión de información del sector público debe respetar los principios de protección de datos recogidos en la relativa Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter. Finalmente, debe tenerse en cuenta el impacto de la participación de diferentes autores por lo que se refiere en los principios relativos a la propiedad intelectual de los contenidos generados y el régimen jurídico de su difusión.

---

[160] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y GALÁN GALÁN, A. (2007). *Qualitat i responsabilitat en la difusió d´informació pública a Internet*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya i Generalitat de Catalunya; EPPLER, M. J. (2001). The concept of information quality: an interdisciplinary evaluation of recent information quality frameworks. *Studies in Communication Sciencies* (1); GASSER, U. (Ed.). (2004). *Information quality regulation: foundations, perspectives, and applications*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

[161] CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y GALÁN GALÁN, A. (2007). *Qualitat i responsabilitat en la difusió d´informació pública a Internet*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya i Generalitat de Catalunya; VALERO TORRIJOS, J. (2005). La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en la prestación de servicios de intermediación. En: CAVANILLAS MÚGICA, S. (Ed.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*. Granada: Comares.

ISBN 978-84-694-0081-4

También la regulación de los instrumentos a través de los que se puede difundir la información del sector público incide en estos aspectos. Así, por ejemplo, la LAECSP ha regulado las sedes electrónicas que constituyen el punto de entrada a las Administraciones públicas, la información que difunden y los servicios que prestan a través de medios electrónicos y el canal a través del que los ciudadanos pueden ejercer sus derechos de información a través de medios electrónicos. Las sedes electrónicas son la dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de las redes de telecomunicaciones que las Administraciones públicas utilizan para difundir la información y prestar servicios. La LAECSP prevé que “el establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma”.

Además, la regulación de los derechos de los ciudadanos en relación a la información del sector público pueden perfilar estas cuestiones. En este sentido, las normas reguladoras del derecho de acceso a la información administrativa pueden definir con claridad la obligación de las Administraciones públicas de difundir información del sector público de calidad y a través de medios electrónicos y disponer que los ciudadanos demás puedan reutilizar la información a la que han accedido.[162] Esta legislación también puede promover la participación ciudadana en la difusión de información del sector público.[163]

Finalmente, también puede concretarse la regulación de la reutilización de la información del sector público. En este, sentido, cabe advertir que la regulación de la reutilización de la información del sector público incluida en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, de reutilización de la información del sector público (LRISP) se ha centrado en lograr que la reutilización de la información del sector público se base en condiciones equitativas, proporcionadas y no discriminatorias. A partir de aquí, un futuro desarrollo de lo previsto en la LRISP puede estar orientado a facilitar la reutilización de la información del sector público a través de la concreción del

[162] La Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento administrativo de las administraciones públicas de Cataluña prevé el derecho a una información veraz y de calidad (art.28).

[163] La Ley catalana 29/2010, de 3 de agosto, de uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña prevé que “Las entidades del sector público deben promover el uso de tecnologías de red social para facilitar la construcción de comunidades virtuales de ciudadanos y empresas con intereses comunes o conexos y facilitar su canalización hacia las entidades del sector público” (artículo 12).

ISBN 978-84-694-0081-4

papel de los reutilizadores siempre y cuando estos límites no interfieran en las finalidades de la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003 sobre la reutilización de información pública.

Igualmente, el desarrollo normativo de la LRISP puede facilitar la puesta a disposición de información del sector público para que sea reutilizada. En esta línea, como se recuerda en el considerando 23 Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003 sobre la reutilización de información del sector público "los instrumentos auxiliares de búsqueda por los reutilizadores potenciales de los documentos disponibles para su reutilización, así como las condiciones de reutilización, pueden facilitar considerablemente la utilización transfronteriza de los documentos del sector público. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar la existencia de dispositivos prácticos que ayuden a los reutilizadores en su búsqueda de documentos para su reutilización. Listados, de acceso en línea preferentemente, de los principales documentos (documentos que se reutilizan ampliamente, o que pueden ser reutilizados ampliamente) y portales conectados a listados descentralizados constituyen ejemplos de los dispositivos prácticos mencionados". En este sentido, la difusión de información del sector público para mejorar su reutilización se puede hacer a través de espacios específicos en Internet a través del cual los poderes públicos ponen toda la información disponible al público para su reutilización. Por ello, se podría regular la obligación de crear este tipo de espacios y las características mínimas que deberían tener.

Esto ya está ocurriendo en algunas Administraciones públicas españolas como la del País Vasco o Asturias bajo el impulso de sus gobiernos.[164] La idea subyacente a estos proyectos es proporcionar herramientas que ayuden a potenciales reutilizadores a encontrar información susceptible de ser reutilizada y conocer las condiciones para su reutilización.[165]

---

[164] Véanse el Acuerdo de Consejo del Gobierno Vasco (29 de diciembre de 2009) y el Acuerdo por el que adoptan medidas para favorecer el fomento del acceso abierto a la investigación fomentada por el Principado de Asturias de 12 de enero de 2009 así como los proyectos a que han dado lugar: http://opendata.euskadi.net y http://datos.fundacionctic.org (última consulta: octubre 2010).

[165] Véase al respecto la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, de reutilización de la información del sector público así como la Guía Aporta sobre reutilización de la información del sector público (http://www.proyectoaporta.es/Web/guest/guia_reutilizacion) (última consulta: octubre 2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

2. 2. La garantía de los principios de la información del sector público cuando es difundida por los ciudadanos en la Web 2.0

Una vez la información ha sido puesta a disposición de los ciudadanos a través de alguno de los mecanismos a que se ha hecho referencia y de acuerdo con los principios expuestos para que sea reutilizada, es necesario articular mecanismos que permitan garantizar la consecución de las finalidades previstas. En este sentido, no es lo mismo que los ciudadanos persigan con la difusión de información del sector público a través de la Web 2.0 mejorar la transparencia administrativa que ofrecer nuevos servicios e informaciones de valor añadido con una finalidad estrictamente empresarial o social donde el mercado o los intereses de los usuarios situarán cada iniciativa en su lugar en función de su calidad o del valor añadido que aporten.

El principio de calidad es más fácil de observar por las Administraciones públicas que por aquellos que utilizan la Web 2.0 para difundir la información del sector público. Asimismo, los ciudadanos cuando difunden información del sector público a través de la Web 2.0 no están vinculados, en principio, por la necesidad de garantizar la accesibilidad en los mismos términos que las Administraciones públicas.

A pesar de ello, se considera necesario adoptar algunos mecanismos para garantizar que la confianza que los ciudadanos depositen en información del sector público que haya sido difundida por otros ciudadanos no les pueda causar un daño. Sin embargo, como punto de partida, debe traerse a colación el principio de proporcionalidad en cuya virtud, según la LAECSP, "solo se exigirán las garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones. Asimismo solo se requerirán a los ciudadanos aquellos datos que sean estrictamente necesarios en atención a la finalidad para la que se soliciten".

En primer lugar, se debe hacer referencia a las licencias de reutilización que pueden ser utilizadas por las Administraciones públicas para concretar las condiciones de la reutilización que han de ser respetadas por cualquier reutilizador. Esas licencias pueden incluir condiciones relacionadas con la calidad de la información, como que el contenido de la información no sea alterado, no se desnaturalice, que se cite la fuente o la fecha de la última actualización. Estas condiciones no pueden restringir innecesariamente las

ISBN 978-84-694-0081-4

posibilidades de reutilización y tampoco se utilizarán para restringir la competencia.[166]

En segundo lugar, existe la posibilidad de que las Administraciones públicas elaboren códigos de conducta estableciendo o concretando los usos que se puede dar a la información del sector público. En este sentido, se puede traer a colación la experiencia impulsada por el gobierno británico a través de su espacio destinado a la apertura de datos. El Código de Conducta publicado en *Data.gov.uk* es bastante ilustrativo sobre las condiciones que han de facilitar la garantía de la calidad de la información sector público cuando es difundida por el los ciudadanos (es decir, crear una aplicación cuya apariencia sea la de un sitio Web de una administración pública; presentar los datos de forma incorrecta o engañosa o para tergiversar o cambiar los datos; el uso del sitio Web por parte de partidos políticos o con fines políticos;, el uso de la información en o para apoyar actividades delictivas o ilícitas; el uso de la información en una aplicación para hacer o incitar a la realización de comentarios racistas, sexistas u homófobos, o que promuevan o inciten a la violencia o actividades ilegales).[167]

En tercer lugar, existen otras herramientas para garantizar la calidad de la información del sector público, como son los sellos de calidad, las cartas de servicios y la difusión de los términos y condiciones de uso de los sitios Web.[168] Así por ejemplo, los sellos de calidad u otros símbolos descriptivos del contenido de un espacio a través del que se difunda información del sector público o sobre el procedimiento seguido para llevar a cabo dicha difusión puede ser una herramienta útil basada en la autorregulación y posterior acreditación que permitirá garantizar la adecuación de los contenidos a unos determinados compromisos de calidad.[169]

---

[166] Art. 4 y 8 LRISP.

[167] http://www.data.gov.uk/codeofconduct (última consulta: octubre 2010).

[168] Véase como ejemplo, http://www.data.gov/datapolicy (última consulta: octubre 2010).

[169] Se puede traer a colación la experiencia de la *Web Médica Acreditada* (WMA) que es un programa de acreditación de las páginas Web que difunden información sanitaria impulsado por el Colegio Oficial de Médicos de Barcelona. De forma voluntaria los impulsores de las páginas Webs que tienen contenidos sanitarios pueden solicitar el sello de acreditación de WMA. La acreditación se concede cuando la página Web cumple el Código de Conducta de WMA. El sello de acreditación se coloca en la página principal de la misma. Véase en http://wma.comb.es (última consulta: octubre 2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

Finalmente, las Administraciones públicas pueden habilitar mecanismos de alerta y corrección para la rápida revisión de la ISP difundida por los ciudadanos. Estos mecanismos se han extendido, por ejemplo, como instrumento para luchar contra la difusión de contenidos ilegales o nocivos a través de la red y nada obsta para poder extender su uso en relación a la difusión de información del sector público, particularmente, cuando esta difusión persiga incrementar la transparencia administrativa. Estos puntos de contacto (*hotline* en su expresión inglesa) han de ser fáciles de usar y estar claramente vinculados a los responsables de la información que deben dotarse de los instrumentos necesarios para poder evaluar la calidad de la información del sector público que los ciudadanos hayan difundido a través de Internet.[170]

3. Consideraciones finales: Web 2.0 y la contribución ciudadana transparencia administrativa en la sociedad de la información

A lo largo de las páginas anteriores hemos tenido la oportunidad de observar el impacto positivo que la Web 2.0 puede tener para aumentar la transparencia al poner más datos a disposición de los ciudadanos.

Este impacto no es ajeno al movimiento a favor de la apertura de datos públicos y la incidencia que puede tener para favorecer la transparencia administrativa en la medida en que se facilita la reutilización de los mismos para analizar y evaluar la actividad administrativa.[171] Tim Berners-Lee, uno de los principales impulsores de la apertura de datos en Gran Bretaña, afirma al respecto que “los datos de las administraciones públicas se están poniendo en línea para aumentar la rendición de cuentas, facilitar información útil sobre el mundo, y para que las administraciones públicas del país y el mundo funcione de manera más eficiente”.[172]

---

[170] Véase al respecto la Decisión 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de la infancia en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación.

[171] Access Info Europe y Open Knowledge Foundation. (2010). *Beyond access: Open governmetn data and the right to reuse*, p.29.

[172] BERNERS-LEE, T. (2009). Putting Government Data online. Accesible en: http://www.w3.org/DesignIssues/GovData.html (última consulta: octubre 2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

Sin embargo, para que tanto la información del sector público así como su difusión y reutilización por parte de los ciudadanos a través de la Web 2.0 pueda tener un efecto cierto sobre la transparencia administrativa deben garantizarse unas condiciones mínimas tanto por parte de las administraciones a través de la regulación de la administración electrónica y la mejora de la normativa sobre acceso y reutilización de la información del sector público. Asimismo, estas condiciones deben establecerse a los ciudadanos a través de diversos mecanismos como estableciendo condiciones específicas en las licencias de reutilización, elaborando códigos de conducta a seguir por los reutilizadores, acreditando la calidad de las Web 2.0 a través de las que los ciudadanos difunden información del sector público mediante sellos de calidad y articulando mecanismos en línea de alerta para poder reaccionar de forma rápida y temprana ante información del sector público que no tenga la calidad necesaria para contribuir decisivamente a mejorar la transparencia administrativa y con ello a una mayor legitimidad democrática de las Administraciones públicas.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

IV. Las redes sociales en las administraciones ¿Periodo de pruebas?

Rafael Rubio Núñez[173]

dogcomunication

Profesor titular de Derecho constitucional

Universidad Complutense

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado “Audios y vídeos del Congreso”.

Resumen:

El autor reflexiona sobre el uso de internet en política, en las instituciones y el actual proceso de “dospuntocerización”. Considera que tras un proceso infantil, llega el tiempo de la madurez en los usos políticos e institucionales hacia el gobierno abierto. Sobre tales bases de examina el papel de las redes sociales en la Administración. Finalmente se lleva a cabo un análisis de la presencia de los gobiernos autonómicos y sus Presidentes en las herramientas sociales.

Palabras clave: *democracia electrónica, web 2.0, participación política, redes sociales.*

En los últimos tiempos es práctica habitual la dospuntocerización de la realidad, y toda práctica o actividad es susceptible de convertirse, nominal o tentativamente, en 2.0. Como siempre ha ocurrido con la aparición de nuevas disciplinas, de la mano han surgido una colección de nuevas profesiones, y la

---

[173] Este trabajo es uno de los resultados del Proyecto I+D+I del MICNIN, “Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites”, (DER2009-14519-C05-01/JURI), cuyo investigador principal es Lorenzo Cotino Hueso.

figura más temible de todas la del Guru. Su principal problema es su inveterada costumbre de aplicar recetas universales a cualquier producto, da igual que sea de entretenimiento o alimentación, y sus propuestas, por generales, acaban resultando inútiles.

Esta nueva ola ha llegado ya al campo de la democracia y la administración. Las magnificas presentaciones sobre la materia hablan mucho de tecnología, webs, redes sociales… y muy poco de administración. El resultado final suele ser demoledor, cuando no ridículo, es tal la fijación con los medios que se pierden de vista los fines y día a día aumenta el peligro de generar una crisis de expectativas que arrastre consigo, no sólo al 2.0, sino a la política, o la democracia.

De ahí el interés de elevar la discusión más allá de la presentación deslumbrante y someterla a foros académicos donde, desde hace tiempo, se trabajan los conceptos más allá de la mitología del 2.0.

1. Las nuevas tecnologías y la democracia

Como padre con experiencia no puedo dejar de comparar la evolución del uso de las nuevas tecnologías en la administración con las impresiones que experimentan los padres ante el recién nacido. Se trata de una emoción inicial, cuando la realidad se observa desde una nube y el niño es necesariamente guapísimo, sus gestos reflejos síntoma de inteligencia y sus llantos indicios de un brillante porvenir como cantante de opera. En el caso de las nuevas tecnologías, y aunque el "bebe" ha superado ya los diez años, son muchos de los políticos que parecen no haber abandonado aun esta fase.

Cierto es que en la vida del padre poco a poco se va pasando a un estado en el que la ilusión se mezcla con el cansancio y todo se ve con otros ojos (en los que el sueño juega un importante papel). Algo así está ocurriendo en el uso de las nuevas tecnologías en la administración. El deslumbramiento inicial y la implantación acrítica, ha venido seguido por una cierta sensación de agotamiento, que se aprecia, entre otras cosas, en una valoración ciudadana tremendamente baja[174], que parece no apreciar los

---

[174] según un estudio de i-compass (http://www.intelligencecompass.com/images/Informe%20Pol%C3%ADticos%20y%20Redes%20Sociales.pdf)

ISBN 978-84-694-0081-4

esfuerzos de la administración, y que no se corresponde con las tremendas posibilidades que se abren para la administración pública.

De ahí la importancia de afrontar ahora este tipo de reflexiones. Creo que ha llegado la hora de superar las frases redondas y los razonamientos circulares sobre el futuro. Definir un modelo, proponer soluciones concretas, adoptar decisiones, dejar de hablar de las partes y pensar en el todo.

La aplicación de las nuevas tecnologías de la información al gobierno sirvió, en una primera fase, para mejorar la eficacia del gobierno tanto en su comunicación interna como en la prestación de servicios a los ciudadanos (egovernment). En una segunda fase se ha producido un cambio hacia el Gobierno Abierto que supera la aplicación de las nuevas tecnologías y va mucho más allá, afectando a la concepción misma de la administración e incluso de la democracia.

Es en este momento, en el que nos encontramos, cuando es más necesario definir de manera clara qué esperamos del gobierno abierto (y de las posibilidades del uso de las nuevas tecnologías en democracia). No basta con definirlo como “la fórmula más democrática, más sostenible y más eficaz para alcanzar las mayores cotas de bienestar social en nuestra época”[175], es necesario definir de manera clara cual es el modelo de democracia a la que se aspira.

Confiarse a las nuevas tecnologías, esperando encontrar en ellas la respuesta ante la desafección ciudadana, no es suficiente. La tecnología no puede dar respuesta por si misma a los problemas de la democracia, no es más que un medio al servicio de un fin. No es lo mismo cuestionar el funcionamiento de la democracia representativa que el sentido que esta tiene a principios del siglo XXI. Dicho con otras palabras habría que definir si el uso de las nuevas tecnologías debería optar entre mejorar el funcionamiento del sistema, aumentar su representatividad o incrementar su legitimidad, o crear uno nuevo… no vale contestar siempre que todo y lo máximo porque en ocasiones estos objetivos pueden ser incompatibles.

Ha llegado el momento de tomarnos en serio la aplicación de las nuevas tecnologías a la democracia, quitar importancia a la discusión sobre herramientas, software, equipos...y plantearnos cómo pueden contribuir las nuevas tecnologías al sistema democrático y con las ideas claras sobre el

[175] ORTIZ DE ZÁRATE, Alberto. El gobierno abierto de Euskadi.

modelo, definir de manera clara y precisa, si eso es posible, qué es el gobierno abierto y cómo podemos ir progresivamente alcanzándolo.

2. El gobierno abierto

Según el principio, generalmente aceptado, el gobierno abierto se construye sobre tres pilares: la transparencia, la participación y la colaboración. La extensión de cada uno de ellos variaría en función de la concepción que tengamos de la democracia. Desde mi punto de vista hoy en día quedaría fuera de este modelo de gobierno abierto la adopción directa de decisiones por parte de los ciudadanos, la delegación, que se presenta como el último nivel de participación según el Spectrum of Public Participation de la IAP2 y que, en nuestra opinión, no sería compatible con el actual sistema democrático representativo. Si nos remitimos a la presentación del famoso memorándum de Obama, que ha consolidado estos tres elementos como contenido básico del gobierno abierto, observamos que se pedía al ciudadano ser los ojos y los oidos del gobierno pero ¿cuándo habló de ser su boca?

No debemos olvidar que se trata de tres elementos transversales, aplicables a todas las instituciones y que deberían avanzar siempre en conjunto. Aunque algunos piensan que bastaría empezar con la transparencia para que se produzca un efecto dominó, mi impresión es que desarrollar cualquiera de los tres pilares, sin el correspondiente avance en el resto podría producir consecuencias imprevisibles.

Y es aquí dónde nos volvemos a reencontrar con el 2.0. El concepto de Web 2.0 surgió de una sesión de 'brainstorming' realizada entre O'Reilly y MediaLive Internacional y fue acuñada por el primero en 2004 para referirse a una «segunda generación» de Internet caracterizada por ofrecer aplicaciones que facilitan a los usuarios la generación de contenidos, dentro de una red colaborativa, que permite el almacenaje de datos y aplicaciones en servidores Web y el acceso a los mismos con un navegador. De esta manera, la comunicación se vuelve bidireccional y dinámica y son los usuarios, mediante sus aplicaciones y su interactuación en las redes, quienes eligen los temas de interés y los que marcan el camino a seguir en un ámbito concreto del conocimiento.

ISBN 978-84-694-0081-4

Según O'Reilly la Web 2.0 implica "todas aquellas utilidades y servicios de Internet que se sustentan en una base de datos, la cual puede ser modificada por los usuarios del servicio, ya sea en su contenido (añadiendo, cambiando o borrando información o asociando datos a la información existente), en la forma de presentarlos, o en contenido y forma simultáneamente".

Independientemente de los aspectos puramente técnicos, la importancia de esta nueva generación de Internet es la posibilidad real de abrir nuevos canales de participación e interacción basados en los valores de colaboración, transparencia y multidireccionalidad de la información.

La irrupción de las nuevas tecnologías de Internet en las estructuras estatales, y en concreto de la Web 2.0, se justifica en que posibilita la apertura de nuevos canales de comunicación e interacción a través de la red que agilizan, fortalecen y optimizan la coordinación de los procesos de intercambio de información/comunicación interna, a la vez que generan nuevos canales de apertura hacia los ciudadanos, principal destinatario de los servicios que brindan las administraciones estatales.

Vemos, por tanto, cómo este desarrollo de las posibilidades que Internet, a través de la Web 2.0, ofrece a los Estados, está desencadenando una auténtica revolución organizacional en las estructuras y órganos del Estado que encuentran, de este modo, una forma completamente nueva de establecer vínculos con sus ciudadanos, organizaciones de representación empresarial y social y otros Estados u organizaciones y administraciones transnacionales e interestatales. Como señala el vicepresidente de Facebook, “en realidad de lo que se trata es de comunicar el mensaje, localizar a la comunidad y construirla con la ayuda de sus miembros”[176].

De aquí que en la última década estemos asistiendo a un mayor esfuerzo por parte de las instituciones del Estado para incorporar una amplia gama de herramientas proporcionadas por las nuevas tecnologías de la información (TIC) a fin de modernizar las estructuras tradicionalmente jerarquizadas del Estado. Cada vez son más las administraciones estatales que dan a conocer su información y toda índole de documentos de interés

---

[176] New Media Tools and Public Diplomacy, entrevista con Elliot Schrage, VP of Global Communications, Marketing, and Public Policy, Facebook. Council on Foreign Relations (http://www.cfr.org/publication/19300/new_media_tools_and_public_diplomacy.html?breadcrumb=/).

ISBN 978-84-694-0081-4

general, a través de sus plataformas digitales (sitios webs) incrementado la transparencia, la calidad y la eficiencia del servicio prestado.

En este sentido, cada vez es más frecuente encontrar en la Web 2.0 elementos tan distintos como publicaciones de interés, comunicación de eventos, resúmenes de sesiones, datos sobre actas de los comités, servicios online, etc. que otorgan amplios márgenes de visibilidad a la tarea administrativa, además de ser una fuente de agilización de sus procesos y contacto directo con los usuarios.

No obstante, y reconociendo que los avances tecnológicos en muchas áreas de la administración pública son notables, el impacto de las nuevas tecnologías en ella no ha llegado aún a su desarrollo pleno. Aún continuamos observando que la implementación de las TIC es paralela a la permanencia de procesos estandarizados, burocráticos e impersonales, cuando su irrupción en las estructuras estatales debería ser vista e interpretada en todo su potencial, esto es, en la posibilidad de ser herramientas fundamentales en la modernización de las instituciones, contribuyendo no sólo a optimizar la eficiencia y eficacia de las mismas, sino como pilar fundamental de la gobernabilidad democrática.

Las nuevas tecnologías pueden transformar las instituciones, tanto interna como externamente, mediante la agilización de sus procesos, la transparencia de sus acciones, la gestión de sus resultados y la apertura de nuevos y eficaces canales de comunicación que fomenten la iniciativa ciudadana, incrementando la interacción y el contacto directo con la gente.

Las administraciones se están familiarizando con el concepto de Open Government que implica una nueva forma de relacionarse desde la Administración Pública con los ciudadanos, relación caracterizada por el establecimiento y apertura de nuevos y múltiples canales de comunicación y contacto directo entre el Estado y los ciudadanos. Sin embargo, todavía no han sido capaces de aprovecharse de todo su potencial para establecer vías de contacto directo, y continuamente retroalimentadas, con los ciudadanos.

El Open Government implica una constante conversación con los ciudadanos para oír lo que dicen y solicitan, a fin de tomar o considerar decisiones basadas en sus necesidades y preferencias. Esta nueva forma de gobernar "a puertas abiertas" facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios que se prestan, haciendo más transparente la gestión, que comunica todo lo que decide y hace, de una

ISBN 978-84-694-0081-4

forma abierta y participativa. En este sentido, el conjunto de aplicaciones 2.0, producto de la actual sociedad de la información, ayuda a contribuir a esta nueva forma de gobernar otorgando una multiplicidad de herramientas sociales que posicionan al ciudadano como principal protagonista en su interacción con el gobierno.

Si bien la experiencia demuestra que la introducción de tecnología no garantiza *per se* la modernización institucional, también es evidente que sin las nuevas tecnologías no es posible el éxito de las reformas institucionales. La apertura de nuevos canales de comunicación debe llevar a gobiernos e instancias administrativas a la incorporación en sus estructuras –tradicionalmente cerradas, jerárquicas y fuertemente estandarizadas- de esta nueva filosofía consistente en el trabajo transparente, colaborativo, participativo, abierto, no sólo en sus procesos internos, sino de cara a la ciudadanía, achicando distancias, valorando y sirviéndose de la información, inquietudes y deseos de participación de la ciudadanía.

3. Las redes sociales en la Administración

No en vano entre los protagonistas más destacado de las nuevas tecnologías 2.0, se encuentran las redes sociales o comunidades virtuales que inciden en la capacidad de estas herramientas para conectar a las personas con sus amigos, familiares o simplemente usuarios y ciudadanos con los que se comparten intereses, inquietudes o gustos.

Gracias a su capacidad de aprovechar vínculos existentes, y fomentar la creación de nuevas relaciones las redes sociales se están presentando como la ventana a través de la cual, los gobiernos, los políticos y las distintas administraciones se relacionan directamente con los ciudadanos que utilizan estas herramientas, no sólo a través del intercambio directo de información (en forma de inquietudes, consultas, etc.) sino a través de videos, fotos, música y una creciente gama de aplicaciones que facilitan y motivan una comunicación e interacción constante entre Estado y ciudadanos. Además las redes sociales permiten la creación de comunidades, algo tremendamente útil para la administración que, para conseguirlo, deberá reproducir en internet los elementos que llevan a los ciudadanos a querer estar en contacto con su administración.

ISBN 978-84-694-0081-4

Las redes sociales en su conjunto permiten al Estado relacionarse con los ciudadanos de manera transversal en cuatro ámbitos:

- Comunicación (nos ayudan a poner en común conocimientos, ayudando al Estado a recibir información directamente de los ciudadanos).
- Comunidad (nos ayudan a encontrar otras personas con intereses comunes y organizarnos en torno a comunidades).
- Cooperación (nos ayudan a hacer cosas juntos).
- Participación (ayudan a los ciudadanos a contribuir en la adopción de decisiones públicas).

Para desarrollar su labor en todos ellos la administración pública, o sus distintos departamentos, pueden utilizar las distintas plataformas de red existentes: abriendo canales propios, en función de los públicos y necesidades, o participando en canales ajenos dentro de la plataforma, tanto para impulsar conversaciones sobre temas de su incumbencia como también, y esto es más interesante, para practicar la escucha activa sobre esos mismos temas, pero también puede crear, cuando sea necesario, sus propias plataformas de red. Estas plataformas de red no pueden ser las únicas herramientas de la administración 2.0, ya que estas necesitan complementarse con otras como blogs o páginas web, que permitan una información más detallada, el gobierno es una cosa muy seria.

Además, en todas estas herramientas, así como en las redes sociales, hay un punto interesante a considerar, el uso personal o institucional que se hace de las mismas. Como hemos visto el 2.0 nace vinculado directamente a las personas, son estas las que se convierten en protagonistas al tener acceso directo, como emisores y receptores, a la información. Pronto entidades colectivas como empresas o ongs comienzan a adoptar también este tipo de herramientas inicialmente a través de sus miembros pero más adelante directamente, conservando el tono y el estilo, pero sin ocultar su carácter institucional. Este proceso también se ha reproducido en la administración, tras el desembarco masivo de políticos en la tierra del 2.0, comenzamos a ver como las administraciones entran como tal en este terreno, aunque en ocasiones este proceso de convivencia entre lo personal,

ISBN 978-84-694-0081-4

que sigue siendo mayoritario, y lo institucional produce resultados sorprendentes.

4. Análisis de la presencia de los gobiernos autonómicos y sus Presidentes en las herramientas sociales

Esto se puede observar en el siguiente cuadro sobre la presencia de los gobiernos autonómicos y sus Presidentes en las herramientas sociales en diciembre de 2010[177].

Desde el punto de vista de la forma de utilizar estar herramientas encontramos, entre las administraciones y los políticos que forman parte de ellas, distintas modalidades de uso:

En primer lugar encontramos a los coleccionistas, que se afanan en recolectar seguidores y presumir de ellos, sin llegar a establecer con ellos ningún tipo de diálogo.

Otro perfil sería el de los “virtuales”, que usan las redes como si no formaran parte de la realidad, son otro perfil curioso y tienden a tirarse a los montes virtuales, llamando a la revolución, o poniendo a parir a tirios y troyanos desde su ipad como si no les escuchara nadie, como si realmente vivieran en Second Life o en el mundo de los SIMS.

También tenemos a aquellos que, haciendo bueno el dicho español de “dime de que presumes y te diré de que careces” se han sumergido de lleno en este mundo de las herramientas 2.0 pero las utilizan de manera absolutamente personalista o sentimental, “mostrando su lado humano” que suele ocultar el desastre de su administración.

Por otro lado vemos los políticos que no pueden evitar serlo, y a pesar de sus cargos institucionales, mantienen sus perfiles en campaña electoral permanente (con el riesgo de que acaben en cementerios de internet que están repletos de blogs o perfiles sociales de políticos que nacieron y murieron durante una campaña electoral).

Entre las instituciones nos encontramos las administraciones colegas, o buenrrollistas, que te saludan por las mañanas, o te desean un feliz finde, como si hubieran tomado ración extra de Coca-Cola, te dicen que hace un

[177] Algo que se podría ampliar a la Administración Central con resultados similares

ISBN 978-84-694-0081-4

Comunidad Autónoma	Nombre	Pagína	Blog	Facebook	Twitter	YouTube	Flickr	Otros
1) Junta de Andalucía	Junta de Andalucía	bit.ly/cX5C9I	--	--	--	--	--	
Presidente de Andalucía	José Antonio Griñán (PSOE)	--	--	on.fb.me/dBeL8h	--	--	--	
2) Aragón	Gobierno- de Aragón	bit.ly/9khC0D	--	on.fb.me/aEnPKW	bit.ly/93U11Z	bit.ly/blgBHw	bit.ly/cEELjQ	bit.ly/aDgbnP
Presidente de Aragón	Marcelino Iglesias Ricou (PSOE)	bit.ly/aLZ2RE	--	bit.ly/cMywEi	--	--	--	
3) Principado de Asturias	Principado de Asturias	bit.ly/cThYBY	--	--	--	--	--	
Presidente de Asturias	Vicente Álvarez Areces (PSOE)	--	--	on.fb.me/a5lbRe	--	--	--	
4) Baleares	Baleares	bit.ly/9w9YFB	--	--	--	--		
Presidente de Baleares	Francesc Antich (PSOE)	--	bit.ly/bFy1lq	bit.ly/9YK5rU	--	--	--	
5) Canarias	Canarias	bit.ly/8FOsp3	--	--	--	--	--	
Presidente de Canarias	Pauli-- Rivero Baute (CC)	bit.ly/alGuqF		on.fb.me/bg6tAr	bit.ly/cxLcsK	--	--	
6) Cantabria	Gobier-- de Cantabria	bit.ly/9bHnIq	--	on.fb.me/69eLgU	bit.ly/b05jxw	--	--	
Presidente de Cantabria	Miguel Angel Revilla (PRC y PSC-PSOE)	--	bit.ly/d6doIf	bit.ly/cjnjiR	--	--	--	
7) Castilla la Mancha	Castilla La Mancha	bit.ly/djLU3J	--	--	--	--	--	

Comunidad Autónoma	Nombre	Pagína	Blog	Facebook	Twitter	YouTube	Flickr	Otros
Presidente de Castilla la Mancha	Jose Maria Barreda (PSOE)	bit.ly/aFtpVw	bit.ly/aFtpVw	on.fb.me/anTbdP	--	--	--	
8) Castilla y León	Castilla y León	bit.ly/d2UFio	--	--	--	--	--	
Presidente de Castilla y León	Juan Vicente Herrera (PP)	--	--	--	--	--	--	
9) Generalitat de Catalunya	Generalitat	bit.ly/7soa7	--	--	--	--	--	enlaza a President
President de Catalunya	Jose Montila (PSC)	bit.ly/9kJd6j	--	bit.ly/bwHcoK	--	bit.ly/bEdG8n	bit.ly/9zSAib	
10) Comunidad de Valencia	Generalitat de Valencia	bit.ly/NkTv8	bit.ly/9AHLA1	on.fb.me/9B5aVE	bit.ly/bkgBoC	bit.ly/awPiVT	bit.ly/cqKO2H	
Presidente de Valencia	Fransisco Camps (PP)	bit.ly/cggAZR						en construcción
11) Extremadura	Extremadura	bit.ly/57DU1Z	--	--	--	--	--	
Presidente de Extremadura	Guilleromo Fernandez Vera (PSOE)	--	--	--	--	--	--	
12) Galicia	Xunta	bit.ly/4hXabC	--	on.fb.me/cEmBtd	bit.ly/aaFfvk	--	bit.ly/a8XiMT	
Presidente de Galicia	Alberto Nuñez Feijoo (PP)	--	bit.ly/cjoJxs	on.fb.me/99GQA6	--	--	--	
13) La Rioja	La Rioja	bit.ly/9Txu3p	--	on.fb.me/9bIzq8	bit.ly/bI4cAm	--	bit.ly/8XW9az	

Comunidad Autónoma	Nombre	Pagína	Blog	Facebook	Twitter	YouTube	Flickr	Otros
Presidente de La Rioja	Pedro Sanz Alonso (PP)	bit.ly/b20miz	--	--	--	--	--	
14) Madrid	Comunidad de Madrid	bit.ly/bAcin2	bit.ly/cb5Eic	on.fb.me/a2ihD3	bit.ly/a5NyWL	bit.ly/a5NyWL	bit.ly/4DFaK2	listado de Todas las redes bit.ly/bZf49s
Presidente de Madrid	Esperanza Aguirre (PP)	--	--	--	--	--	--	*
15) Navarra	Navarra	bit.ly/dr0tED	--	--	--	--	--	
Presidente de Navarra	Miguel Sanz Sesma	--	--	bit.ly/auixik	--	--	--	
16) País Vasco	País Vasco	bit.ly/8ZjZ24	--	--	--	--	--	bit.ly/8ZjZ24
Presidente de Euskadi	Patxi Lopez	--	bit.ly/2fSVg6	on.fb.me/bHSoYf	bit.ly/aKlZML	bit.ly/aT3fDW	--	Enlace a su Podcast bit.ly/c7DVMg
17) Región de Murcia	Región de Murica	bit.ly/9FMDe1	--	--	--	--	--	Apuesta 2.0 de sus Municipios www.regmurcia.com/
Presidente de Murcia	Ramón Luis Valcárcel (PP)	--	--	--	--	--	--	
* Existen Blogs y cuentas de Twitter pero ninguna esta verificada ni esta enlazada								

frio que pela o te retransmiten un concierto de principio a fin… todo por tratar de igual a igual al ciudadano. Estamos ante un tema complejo, pero no tengo claro que la administración tenga que conversar con los ciudadanos "de igual a igual", quizás esto sea aplicable a los políticos, pero no a la administración, cuya labor en un gobierno abierto pasa por establecer las estructuras de diálogo y participación, mediar en las mismas, liderar en último término, y eso requiere de una potestas, que sólo tiene la administración. La administración puede mejorar mucho con el diálogo con los ciudadanos, pero teniendo claro qué es lo que puede aportar al mismo, estableciendo los marcos de ese diálogo, proporcionando información real, datos que están en su poder, reivindicando su auctoritas frente a la opinión. Sino los procesos informativos y los participativos pueden convertirse en una inmensa maraña de la que resultará dificil extraer beneficios para mejorar el gobierno. En resumen esa supuesta complicidad, que algunos justifican como un medio para acercar al ciudadano, ese tratar de igual a igual al ciudadano, es contraria al papel de la administración, y en consecuencia a lo que el ciudadano demanda, interacción relevante, soluciones, dentro de las funciones de la administración.

Otro perfil habitual en las administraciones es el de “perfiles para todos”, en las que es fácil encontrar un perfil social distinto para la institución, sus distintos representantes, sus distintos departamentos e incluso cada una de sus iniciativas, sin establecer un mapa claro, ni una definición precisa del objetivo de cada una de ellas.

También descubrimos algunas que van por turnos, y dependen del que en ese momento gestione la cuenta institucional en la red social. Sin una línea uniforme, lo que pone de manifiesto la falta de criterios establecidos para la gestión de la cuenta.

Las meramente informativas, que utilizan sus canales como si se trataran de un medio de comunicación, desaprovechando las posibilidades complementarias de este tipo de herramientas.

También hay instituciones que están aprovechándolas a fondo, como la Generalitat de Cataluña que ha desarrollado un trabajo en red que afecta a multiples instituciones y departamentos armonizado gracias a una guía de uso y estilo[178], que ya quisieran para si muchas multinacionales o el

---

[178] *www.gencat.cat/web/meugencat/cas/xarxes.htm*

ISBN 978-84-694-0081-4

Gobierno Vasco con una plataforma propia Irekia, donde se exponen las propuestas de Gobierno para su deliberación pública.

De lo visto hasta ahora podemos deducir que, tanto por presencia como por la forma de utilizarlas, las redes sociales en la administración se encuentran en fase iniciática (con todo lo que eso tiene de esotérico). Las posibilidades de desarrollo son enormes, siempre que se haga de manera profesional, partiendo del conocimiento de las herramientas y de sus posibilidades al servicio de un fin último, el fortalecimiento democrático. Sólo así el dospuntocerismo en la administración dejará de ser una moda pasajera para convertirse en una filosofía que modifique estructuras y dinámicas de trabajo propias de la administración.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

V. La red social como ejemplo de participación: casos y cuestiones

Francisca Ramón Fernández[179]

Profesora titular Derecho civil

Universidad Politécnica de Valencia.

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado "Audios y vídeos del Congreso".

Resumen:

La utilización cada vez más frecuente de la Web. 2.0, permitiendo el intercambio de contenidos, así como la participación por parte de los usuarios plantea diferentes cuestiones. Si realizamos un estudio de la red social como instrumento de participación y lo aplicamos a un sector, por ejemplo, los medios de comunicación, nos damos cuenta de que se aumenta la información, pero también se fracciona la misma, ya que se produce una selección de los contenidos. Diferentes casos de estudio se darán cita en nuestra reflexión.

Palabras clave: *Web 2.0, participación ciudadana, Derecho a la información, Red social, usuarios, medios de comunicación, comunicación audiovisual, turismo, legislación*

[179] Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación Fundamental no orientada, VI Plan Nacional, Ministerio de Ciencia e Innovación. Subprograma de Proyectos de Investigación Fundamental no orientada. Título: "Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites". Referencia: DER2009-14519-C05-01 (SUBPROGRAMA JURI), Proyecto de Investigación financiado por el Vicerrectorado de Investigación de la UPV. Convocatoria del Programa de Apoyo a la Investigación y Desarrollo de la UPV para Primeros Proyectos de Investigación (PAID-06-08-2431); y Proyecto de I+D+I de la Generalitat Valenciana para grupos de investigación emergentes 2009. Referencia: GV/2009/020.

1. La web 2.0 como ejemplo de participación y la gestión de la información

1. 1. De la web 1.0 a la web 2.0. Breves consideraciones

El intercambio de una información oral a una información virtual es un hecho que se ha producido en los últimos tiempos. Las posibilidades que nos ofrece internet en el ámbito del acceso a la información son mucho mayores que las de los medios de comunicación tradicionales, prensa, radio o televisión. Nos posibilita la red que podamos interactuar con otros usuarios, y a partir de ahí, la participación en la información.

En el ámbito de la comunicación, si bien las herramientas que se utilizan son importantes, las personas adquieren una mayor importancia todavía, y sobre todo, en una red participativa, como es la web 2.0.

El primer término que se acuña es la web 1.0, que es la web conocida en los inicios y en la que los contenidos e información que se generan no son creados por los usuarios, sino que es el editor o el webmaster quien introduce los contenidos en la web, y los usuarios no pueden interactuar, tan sólo consultar dicha información que se encuentra en la site.

La principal característica de la web 1.0 es que es de sólo lectura, no existiendo la interactuación en el contenido, no se puede, por parte de los usuarios, ni introducir comentarios, ni citas, ni aportar ningún tipo de información, ya que sólo puede realizar todas estas funciones el responsable de la web. Ejemplo de este tipo de web son las de las universidades: www.upv.es

Se trata la web 1.0 de una fórmula sencilla, con información de consulta. Es estática, con un acceso limitado por razones técnicas, económicas y geográficas, creadas sus páginas con un código html, en la que es prácticamente nula la participación del usuario, ya que sólo se limita a ser un "lector" de la información contenida en dichas páginas.

En un momento posterior y antes de la web 2.0, aparece la web 1.5 que contenía páginas construidas de forma dinámica, a partir de una o varias bases de datos (html, flash, JavaScrip 1.0, CGI, diseño de páginas por marcos, tablas, hipervínculos, foros, IRC, Mail, Webmail, etc.). Aparecen los conceptos como E-commerce, E-procurement, E-learning.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

El término web 2.0 se utiliza por vez primera en 2004, cuando Dougherty de O´Reilly Media lo utilizó en una conferencia relativa al renacimiento y evolución de la web. Cuando nos referimos a la Web 2.0 nos situamos en las webs que se basan en la creación de páginas web en las que se comparten y producen por los propios usuarios del portal, y que también puede ser compartida por varios portales.

La web 2.0 ha propiciado que se produzca una creciente conexión entre personas a nivel mundial fomentada precisamente por las tecnologías de la información y la comunicación, las TICs.

Los consumidores de información se convierten en "prosumidores", ya que producen información que luego ellos mismos consumen. Se fomenta, pues, la colaboración y el intercambio de información entre los usuarios.

Las herramientas y plataformas de esta nueva generación de webs que se basan en comunidades de usuarios y una gama especial de servicios, pueden adoptar la forma de redes sociales, blogs, wikis, sindicación de contenidos o las folcsonomías y tags, en las que se puede publicar artículos, insertar imágenes, vídeos, archivos de audio y ser compartidos por otras personas que pueden, igualmente, hacer lo mismo y compartirlo. Un ejemplo claro sería facebook: www.facebook.com

Sin embargo, ni las herramientas 2.0 ni ninguna otra tecnología, pueden ser consideradas un fin en sí mismas, son un recurso más que permite mejorar los servicios ofrecidos o los procedimientos de trabajo.

A diferencia de la web 1.0, en la que el administrador de contenidos era el principal protagonista; en la web 2.0 el pleno partícipe y protagonista absoluto es el usuario.

Aplicada la web 2.0 a una empresa, el objetivo es la mejora de la productividad. El conocimiento y su transferencia debe ser el motor de la red, autoorganizándose y autodesarrollándose en base a la aportación de sus miembros. La web 2.0 simplifica la usabilidad del sitio web, ahorra tiempo al usuario, estandariza los lenguajes para una mejor utilización de la reutilización del código y permite una mejor interoperabilidad entre aplicaciones, y entre las aplicaciones y las máquinas (software-hardware). Junto a ello facilita las interacciones, el reconocimiento o detección de carencias o nuevas formas de utilización de aplicaciones, la convergencia entre los medios de comunicación y los contenidos, la publicación, la

ISBN 978-84-694-0081-4

investigación y la consulta de contenidos web, y estimula y aprovecha la inteligencia colectiva en beneficio de internet.

Este intercambio de contenidos que genera la web 2.0 plantea diversas cuestiones que vamos a reflexionar sobre ellas.

1. 2. La utilización de la web 2.0. Las redes sociales

En los últimos tiempos se habla, de forma habitual, de la web 2.0. No se trata tanto de una tecnología como de una actitud o cultura de compartir el conocimiento. El usuario es el principal protagonista, ya que a través de él se genera el conocimiento.

Se trata, más bien, de un cambio cultural y no tanto de un cambio de tecnología, aunque sí es cierto que se utilizan programas informáticos específicos. Se pasa de considerarse como primordial el secreto de la información, como un valor en alza, a que sea la transparencia un valor que deben potenciar las empresas a través de su presencia en una red social. Las redes sociales son una revolución y es gracias al poder de comunicación que facilita internet. Es una nueva forma de comunicación. A partir de los intereses es de donde nacen las diferentes tipologías de redes sociales (laboral, intereses comunes, aficiones, etc.). Cada persona puede pertenecer a una o varias redes sociales, según las preferencias e intereses para las que quiera participar. Todas las redes sociales tienen las características de mantener al usuario conectado y de ser accesibles a través de la red, siendo la forma ya más habitual de comunicación, junto con el correo electrónico. Cuantos más usuarios tenga la empresa en la red, más fiabilidad, más prestigio y más reconocimiento social. No se puede olvidar, por ejemplo, el funcionamiento de la red social más conocida, facebook, en el que constantemente va incitando al usuario a añadir “amigos”, a “recomendar amigos” a un usuario novel o poco experimentado o que tiene poca participación en la vida de la red, o a que “le guste” una página de una determinada empresa. Otras redes sociales, sin ánimo exhaustivo, son: Tuenti, Hi5, Twitter, Myspace (asociada a Skype), Badoo, Messenger, msn, Fotolog, Sonico, Netlog, Orkut, Xing, Yahoo, LinkedIn, Tagged, Netby, Window Live, Metroflog, Flickr, Meetic, Bebo, Del. ico. Us, DiggIt, Meneame, Google, Youtube etc.

ISBN 978-84-694-0081-4

Las propias redes sociales tienen como eslogan su propia finalidad: facebook (te ayuda a comunicarte y compartir con las personas que conoces); twitter (descubre lo que está ocurriendo en este momento, en cualquier lugar del mundo).

La red social tiene una dimensión social –son una combinación social formada por personas-, ya que el usuario se sitúa en el centro, genera, participa e intercambia contenido; una dimensión laboral, ya que se utiliza como plataforma para encontrar o cambiar de empleo, siendo un ejemplo, la red linkedIn: http://es.linkedin.com/ y una dimensión informática, ya que se utilizan diversos programas, como son Ajax, web services, Widgets, Mashups, etc. Puede ser de carácter general, como facebook, o para compartir determinados contenidos, como Flickr (imágenes) o Youtube (vídeos), Menéame (enlaces), Slideshare (presentaciones, power point, pdf), Dooplan (eventos en la ciudad propia u en otras ciudades), Xing (networking profesional, nuevos contactos profesionales, organización de eventos, búsqueda de trabajo), así como redes sociales especializadas en innovación, políticas, activistas, programadores, y dedicadas a las aficiones o al ocio (deporte, libros, juego, películas, motor, genealogía, gastronomía, música, viajes, entre otras). También se encuentran las redes que tratan sobre estados vitales (abuelos en la red, bebés, futuros padres, salud, búsqueda de pareja…).

La web 2.0 y a través de ella, las redes sociales, ha originado la democratización de los medios haciendo que cualquier persona tenga las mismas posibilidades de publicar noticias que un periódico tradicional. Hay grupos de personas que crean blogs que tienen más visitas que cualquier periódico on line.

La reducción de los costes de difusión de la información, así como el acceso cuándo y cómo queremos, hace que podamos tener nuestra emisora de radio on line, nuestro periódico on line, canal de vídeos… Sin embargo, esa libertad de acceso tiene como contrapartida que el aumento de la producción de la información también provoca que esta información llegue segmentada al usuario: sólo va a ser informado de lo que aparezca en la red social, pero no de toda la información producida. Ello no es propio de las redes sociales, sino también de cualquier medio de información que no sea digital, ya que la información en papel o en radio o televisión está también fraccionada por quienes insertan los contenidos en los soportes difusores de información.

ISBN 978-84-694-0081-4

No obstante, una cosa es la selección de la información que llegue al usuario, y otra muy distinta es la selección que el propio usuario haga de la información que quiere conocer. Es decir, si entramos en una página web de un medio de información, el usuario puede acceder a la información completa que aparece en la página, pero no selecciona, a priori, dicha información. En la red social, el usuario va a ser capaz de agregar aquellas páginas que ya sabe a priori que van a contener una información que le interesa conocer. Está seleccionando la información que quiere conocer él mismo y no es el medio de comunicación el que le selecciona los contenidos, sino los usuarios. Además de poder añadir, comentar y compartir opiniones con otros usuarios igualmente interesados en los mismos temas. Ello lleva consigo que los medios de comunicación tradicionales como la televisión, radio y prensa hayan perdido protagonismo. Se ha producido una migración de los medios tradicionales a internet.

Consecuencia de ello es la potenciación que ha conllevado la publicidad en la red, como medio de que las empresas posicionen sus productos entre esta tipología de usuarios. La web 2.0 ha mejorado el marketing de boca a boca, ya que una opinión sobre un producto en un blog o un agregador de noticias puede ser vista, transmitida y compartida por un número ilimitado de personas.

La web 2.0 implica una evolución, ya que pasamos de ser lectores de la información a ser protagonistas de la información, ya que podemos publicar contenidos, opinar, etc. El usuario se convierte en el principal protagonista y crea la información que luego es compartida por otras personas que acceden a la misma web.

2. La participación ciudadana a través de diversos casos

2. 1. El caso de "Wikipedia" como ejemplo de web 2.0

La idea de crear una enciclopedia en la red, mediante la aportación libre y gratuita de conocimientos, dio lugar al nacimiento de lo que conocemos como wikipedia: www.wikipedia.org

Fue un corredor de Bolsa, Walles, quién insertó en la red, en el año 2001, a través de un programa informático, dicha enciclopedia en la que se permitía añadir, modificar, cambiar los artículos que se insertaban en la

ISBN 978-84-694-0081-4

misma por parte de los usuarios. Es decir, se permitía a un usuario complementar la información de otro, cambiarla o eliminarla.

Esta página es uno de los ejemplos más claros de web 2.0, y se ha convertido en una de las más visitadas en la actualidad, siendo objeto de cita constante. Los contenidos del portal no son elaborados por personal predeterminado, sino por las personas que utilizan el portal, bien expertos, bien personas interesadas, siendo supervisadas las aportaciones por voluntarios que realizan la función de revisión.

2. 2. La denuncia de delitos informáticos como ejemplo de aplicación jurídica

Uno de los ejemplos que hemos encontrado de participación ciudadana es la página del Grupo de Delitos Telemáticos en la que se posibilita que se pueda denunciar un delito informático. También se contempla la posibilidad de informar sobre un delito informático. Al hilo de esta posibilidad mencionamos la Ley 11/2008, de 3 de julio, de participación ciudadana de la Comunidad Valenciana contempla que se realice dicha participación a través de las nuevas tecnologías, en el art. 6.7, al indicar: «La Generalitat favorecerá los mecanismos de participación y de cultura democrática también mediante las nuevas tecnologías, y trabajará para implementar procesos paulatinos de democracia electrónica y de participación telemática».

Se considera como delito informático, según el Convenio de Ciberdelincuencia, promulgado a la firma el 23 de noviembre de 2001, en Budapest. Se distinguen entre delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos (acceso ilícito a sistemas informáticos; interceptación ilícita de datos informáticos; interferencia en el funcionamiento de un sistema informático y abuso de dispositivos que faciliten la comisión de los anteriores delitos); los delitos informáticos (falsificación informática y fraude informático mediante la introducción, alteración, borrada o supresión de datos informáticos); los delitos relacionados con el contenido (producción, oferta, difusión, transmisión, adquisición o tenencia, en sistemas o soportes informáticos, de contenidos de pornografía infantil) y los delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines.

ISBN 978-84-694-0081-4

El 28 de enero de 2003 se promulgó a la firma un Protocolo Adicional al Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa para criminalizar los actos de racismo y xenofobia cometidos a través de sistemas informáticos. La web 2.0 y sus redes sociales dan lugar a un nuevo abanico de situaciones de vulneración de derechos. Un caso es el grooming, el acoso a menores en la red. España ha solicitado la ratificación a este Convenio, que será efectiva a partir del 1 de octubre de 2010.

Ello conllevará a la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, lo que complementará la normativa, hasta ahora, existente sobre la sociedad de la información (Ley de servicios para la sociedad de la información y de comercio electrónico, Ley Orgánica de protección de datos, Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter persona, Ley sobre conservación de datos de comunicaciones electrónicas, Ley de impulso a la sociedad de la información, Ley general de telecomunicaciones, Ley de propiedad intelectual, Ley de firma electrónica, Ley general de la comunicación audiovisual, entre otras).

2. 3. Las webs de establecimientos hoteleros como ejemplo de empresa y participación en la web 2.0 en el ámbito turístico

En el ámbito del turismo, la web 2.0 ha supuesto un cambio en el modelo hasta ahora vigente. Se han creado plataformas y comunidades que han puesto una potenciación del usuario y una mayor funcionalidad. Las web de viajes como portales, guías de destino on line, proveedores de servicios y gestores de reservas, tienen la participación directa del usuario, ya que pueden participar a través de comentarios, sugerencias, productos ofertados, etc. Las herramientas que utilizan son a través de blogs, vídeos o fotografías que influyen en la decisión que otros usuarios vayan a adoptar sobre determinado destino. La mayoría de nosotros antes de contratar, por ejemplo, un hotel, suele echar un vistazo a las páginas de opiniones que existen sobre los distintos establecimientos para ver qué opinan otros usuarios sobre los mismos.

La utilización por parte de los hoteles de la web 2.0 aumenta la presencia de la empresa en internet, con una mayor visibilidad y transparencia y un aumento de las reservas. La creación por parte de esos mismos hoteles de páginas en redes sociales, donde los usuarios muestran su percepción, a través de fotos, vídeos, y comentarios de sus experiencias,

ISBN 978-84-694-0081-4

así como la utilización de blogs para intercambio de opiniones entre los usuarios y herramientas de microblogging para orientar a sus clientes y ofrecer sus ofertas, hace que la empresa adquiera un determinado posicionamiento. Un ejemplo es el hotel MGM Grand Las Vegas que tiene más de 70.000 fans en facebook; el hotel Creators Inn by Elvine ofrece, a través de su Web y su página en facebook, estancias cortas de forma gratuita a creadores que visiten Estocolmo; la comunidad de amigos de los hoteles Magic Costa Blanca crece cada temporada con promociones y ofertas, promocionando eventos para bloggers, twitteros, etc., y SB Hotels enlaza su web con twitter, facebook, picasa o youtube contactando con usuarios y clientes.

Las tendencias más importantes que integran las webs de turismo 2.0 son las siguientes: a) transparencia absoluta (toda la información está accesible, no hay información privilegiada, reservada u oculta, ya que se pretende que el usuario tenga la sensación de confianza, y ello se consigue con la facilitación de toda la información que sea posible. A más información, más posibilidades de captar clientes, ya que, además el usuario va a interactuar, con lo que se sentirá como parte integrada de todo el procedimiento; b) participación de los usuarios (se pretende que el usuario no sea una parte pasiva del procedimiento, sino activa, ya que va a poder aportar información que luego se va a ir incorporando a la web, junto con la que hayan insertado otros usuarios, se produce un puzle en el que todas las partes van encajando; c) interconexión de servicios (las webs 2.0 en el ámbito turístico ofrecen una variedad de servicios, con la finalidad de que el usuario no tenga que acudir a otro sitio para poder ver satisfechas todas sus necesidades); d) mayor rapidez (se fomenta la agilidad en la utilización de la web); e) soportes multimedia (se incluyen diversos recursos que favorecen la interactividad con el usuario); f) personalización de la información y servicios (la información es más “a la carta”, teniendo en cuenta las preferencias y gustos del usuario al que va destinado); g) sistemas inteligentes y predicción de los resultados (se establece una posibilidad de saber el comportamiento del destinatario, a través de herramientas que proporcionan dicha información); h) atención y servicio de alta disponibilidad (el usuario tiene una atención permanente y se puede conectar a dicha web dónde y cuándo quiera).

Las ventajas del turismo 2.0 son: 1. Reducción de costes (mediante la venta on line, se evitan pagos en comisiones a terceros, obteniendo un mayor margen de beneficio. Ya no aparecen como intermediarios las

ISBN 978-84-694-0081-4

agencias de viajes, ya que se realiza la venta directa por internet, produciéndose un ahorro en los costes); 2. Control de tarifas y disponibilidad (la reserva on line proporciona que el cliente tenga información en tiempo real sobre la disponibilidad del servicio que está contratando, y también el precio final que le va a resultar contratar el mismo); 3. Modificación de la información estática (se puede decir en cada instante qué información se quiere que sea accesible para el cliente, y qué información se va a tener en primer lugar para que sea visible al mismo, si son las ofertas, los hoteles disponibles, etc., siendo dicha información la que aparezca en un lugar destacado de la web; 4. Creatividad (las herramientas que vamos a disponer para captar al cliente van a ser muy variadas, ya que la web 2.0 nos lo va a permitir: concursos, imágenes, vídeos… con la finalidad de conseguir una mayor promoción de la web y así lograr que la información llegue a un gran número de usuarios, en definitiva, clientes potenciales para nuestro producto); 5. Seguimiento y análisis (podemos utilizar distintas herramientas estadísticas para conocer quién visita la web, el número de veces, el número de reservas, cuáles son los recursos más visitados, etc. Ello nos proporciona una información bastante útil para saber cómo dirigirnos a un potencial mercado que queramos que adquiera nuestro producto o servicio); 6. Cobertura (al ser accesible a través de internet, cualquier persona y en cualquier lugar del mundo, y a cualquier hora va a poder conectarse y conocer nuestro producto o servicio turístico. Ello elimina fronteras, ya que en la web no existan tales, y es posible captar clientes de cualquier lugar del mundo); 7. Branding (mediante la web las empresas consiguen posicionar su imagen como marca y además fidelizar al cliente en el consumo de la misma. Se genera la transmisión de información boca a boca, y ello significa un aumento de potencial para comercializar el producto o servicio).

Los inconvenientes son: 1. Turista muy exigente (el efecto perverso puede ser que el turista potencial tenga un nivel de exigencia elevado, dado que cuenta además con muchísima información al respecto, y no se decida por el servicio o producto ofertado, o tanta información le provoque indecisión para la contratación), y 2. Exceso de información (normalmente un turista que quiere viajar a un lugar concreto y determinado, se documenta e informa sobre el mismo. La existencia de una sola opinión desfavorable, le suele crear inquietud e incertidumbre, con lo que el exceso de información también provoca un perjuicio a la hora de contratar el servicio o adquirir el producto.

Las redes sociales en el ámbito turístico contribuyen a:

ISBN 978-84-694-0081-4

-La comunicación. Ya que se crean blogs de expertos que pueden ser utilizados para promover nuevos productos y consolidar relaciones comerciales.

-Promoción de ofertas, productos, captación de nuevos clientes…

-Distribución del producto.

-Mercadeo. Se utiliza para construir valor de marca, y comprender mecanismos de búsqueda y compra. Las redes sociales pueden ayudar a desplegar estrategias defensivas para establecer un control de erosión de valor de marca.

-Investigación. El análisis de blogs permite entender tendencias de mercado, anticipar cambios de opinión, e identificar líderes de opinión posibles de influenciar comportamientos.

2. 4. Oportunidades y amenazas de las redes sociales

Hemos visto distintos supuestos de participación en las redes sociales, pero también esa oportunidad de participación nos hace plantearnos si compensa las amenazas que se pueden dar en dicho ámbito.

Teniendo en cuenta que en la red social muchas personas comparten información. Ese comportamiento no siempre es adecuado a la ética y la moral, y también al derecho. En el caso de una red social dedicada al turismo, y tal y como hemos apuntado anteriormente, la opinión de los usuarios es decisiva para el comportamiento de otros usuarios, ya que una mala opinión de un lugar o servicio influirá en la decisión que tomen los que quieran realizar la contratación. No podemos controlar que dicha información negativa sobre un lugar o servicio sea real, ya que puede ser falsa, engañosa, o incluso, maliciosa, con la intención de desprestigiar una marca o un lugar turístico en concreto. El por qué? simplemente por obtener beneficio económico de cualquier tipo.

Junto a esa amenaza, también nos encontramos con otra como son los crackers o delincuentes informáticos que utilizan la red social para propagar virus e infectar equipos. También con la finalidad de utilización de perfiles creados por usuarios y suplantar la personalidad, utilizar la información que hemos suministrado y explotarla con fines negativos.

ISBN 978-84-694-0081-4

Básicamente las amenazas de este tipo se pueden englobar en las siguientes:

a) Utilización de perfiles falsos, creados por usuarios que utilizan o manipulan la información de perfiles ya creados en la red, con la intención de suplantar personalidades o realizar chantaje. Normalmente se utilizan para difundir comentarios negativos acerca de un producto o servicio.

b) Sustracción de información. Al compartir información privada en las redes sociales, estamos en riesgo de que esa información sea robada por otro usuario y utilizada de forma maliciosa. De ahí que la información que suministremos (nombre, dirección, teléfono, tarjetas de crédito, fotografías, etc.) sea restringida y sólo a un círculo de confianza.

c) Propagación de malware. Las redes sociales también propician que se pueda dispersar por la red programas maliciosos, con la finalidad de captar información privada de los equipos y difundirla entre terceros.

3. Conclusiones

La web 2.0 y las redes sociales suponen un ejemplo de participación directa por parte del ciudadano. El posicionamiento de los sujetos cambia, ya que se pasa de consumir información a generar información y posteriormente consumirla. Se desarrolla mucho más la parte activa que la pasividad ante la red, ya que el usuario es el verdadero protagonista. Se utiliza también un proceso de cambio del desarrollo de la red, lo que se ha denominado la des-intermediación y la re-intermediación. La participación ciudadana dejaría de ser intermediaria a partir de estructuras e instituciones y pasaría a ser una acción directa del ciudadano, re-intermediaria a través de redes sociales, weblogs, etc.

Al hilo de su aplicación jurídica, la participación se traduce en que el usuario aporta información, pero, también, a que la información generada por otros usuarios va a influir en su comportamiento ante la futura adquisición de un producto o servicio. Ello queda más reflejado, por ejemplo, en el ámbito turístico.

Constituye, por tanto, la red un espacio de libertad, donde el individuo puede dejar su impronta y formar parte del grupo. Según la doctrina, la arquitectura de la red dificulta el control de la expresión por parte de los

ISBN 978-84-694-0081-4

grupos de poder y ello constituye un entorno para el desarrollo de la individualidad, la creatividad y la libertad de expresión.

Bibliografía

AA.VV., *Psicología jurídica y redes sociales*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1999, págs. 454 y sigs.

AA.VV., *Itinerarios del conocimiento: formas, dinámicas y contenido: un enfoque de redes*, Editorial Anthropos, Barcelona, 2003, págs. 250 y sigs.

AA.VV., *Ciberactivismo: sobre usos políticos y sociales en la red*, La Llevir, S. L. Virus Editorial, Barcelona, 2006, págs. 120 y sigs.

AA.VV., *Introducción a las redes sociales*, Techtraining Multiservice, S. L., Zaragoza, 2009, págs. 3 y sigs.

AA.VV., *Participació, mobilització: la implicació política de la ciutadania en un nou entorn comunicatiu*, Entidad Autónoma del Diario Oficial y de Publicaciones de Cataluña, Barcelona, 2009, págs. 41 y sigs.

AA.VV., *Cultura 2.0: técnicas de investigación en entornos digitales*, Editorial UOC, S. L., Barcelona, 2010, págs. 37 y sigs.

AA.VV., *Internet y participación política en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2010, págs. 15 y sigs.

BECOÑA IGLESIAS, Elisardo, *Redes Sociales*, Nova Galicia Edicións, Pontevedra, 2010, págs. 10 y sigs.

BETTISON, Tina, *Redes Sociales*, LID Editorial Empresarial, S. L., Madrid, 2009, págs. 42 y sigs.

BLASCO FILLOLA, Ismael y GOMÀ CARMONA, Ricard, *Gobiernos locales y redes participativas*, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 2002, págs. 64 y sigs.

CABER ALMENARA, Julio y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Francisco, *Las redes digitales como marco para la multiculturalidad*, Editorial Mad, S. L., Sevilla, 2010, págs. 25 y sigs.

ISBN 978-84-694-0081-4

CABRERA MÉNDEZ, Margarita, *Introduccción a las redes sociales*, Objeto de aprendizaje polimedia, https://polimedia.upv.es/visor/?id=f7c7d6b6-d82a-684c-a90e-3dce65c93d68

-*Tipología de redes sociales,* Objeto de aprendizaje polimedia, https://polimedia.upv.es/visor/?id=a30f4398-e8fc-d24e-a8ea-c0ea2230821e

-*Seguridad en las redes sociales*, Objeto de aprendizaje polimedia, https://polimedia.upv.es/visor/?id=c1658da8-8ead-3f4f-be3c-a7ac0c0586f2

CALVO MUÑOZ, Montserrat y ROJAS LLAMAS, Cristina, *Networking: uso práctico de las redes sociales*, Esic Editorial, Madrid, 2009, págs. 120 y sigs.

CASTELLÓ MARTÍNEZ, Araceli, *Estrategias empresariales en la Web 2.0: las redes sociales online*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2010, págs. 24 y sigs.

CEBRIÁN DIAZ, Alfonso; CODURAS MARTÍNEZ, Óscar y SÁNCHEZ BRÓN, Adolfo, *Análisis de la utilidad de las redes sociales para el posicionamiento de las empresas en los mercados nacionales e internacionales*, Fundación EAE, Barcelona, 2010, págs. 20 y sigs.

CELAYA BARTUREN, Javier, *La empresa en la web 2.0: el impacto de las redes sociales y las nuevas formas de comunicación online en la estrategia empresarial*, Ediciones Gestión 2000, S. A., Barcelona, págs. 72 y sigs.

CELAYA BARTUREN, Javier y HERRERA FONTANALS, Pablo, *Comunicación empresarial 2.0: la función de las nuevas tecnologías sociales en la estrategia de la comunicación empresarial*, Bpmo Edigrup, S. L., Barcelona, 2007, págs. 137 y sigs.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Virginia, *Las redes sociales en el mundo empresarial*, Ediciones K&L, Granada, 2009, págs. 17 y sigs.

KANTZ, James y RICE, Ronald, *Consecuencias sociales del uso de internet*, Editorial UOC, S. L., Barcelona, 2007, págs. 312 y sigs.

GARCÍA LLORENTE, Luis, *Marketing y redes sociales*, Conzepto Comunicación Creativa, S. L. –Grupo Tadel-, Granada, 2010, págs. 95 y sigs.

GÓMEZ MORALES, Francesc, *El pequeño libro de las redes sociales*, MediaLive Content, S. L., Barcelona, 2010, págs. 52 y sigs.

MAQUEIRA MARÍN, Juan Manuel y BRUQUE CÁMARA, Sebastián Juan, *Marketing 2.0: el nuevo marketing en la web de las redes sociales*, Editorial Ra-Ma, Librería y Editorial Microinformática, Madrid, 2009, págs. 85 y sigs.

MARGAIX ARNAL, Dídac, *Informe APEI sobre web social*, Ministerio de Cultura, Madrid, 2008, págs. 19 y sigs. http://informeapeiwebsocial.dmaweb.info/

MARTOS RUBIO, Ana, *Redes Sociales*, Anaya Multimedia-Anaya Interactiva, Madrid, 2010, págs. 30 y sigs.

MOLINA GONZÁLEZ, José Luis, *El análisis de redes sociales. Aplicaciones al estudio de la cultura en las organizaciones*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2001, págs. 5 y sigs.

-*El análisis de redes sociales*, Edicions Bellaterra, S.A., Barcelona, 2001, págs. 45 y sigs.

MONSORIU FLOR, Mar, *Diccionario Web 2.0: todos los términos que se necesita conocer sobre las redes y los medios sociales*, Ediciones Copyright, Madrid, 2010, págs. 15 y sigs.

-*Manual de redes sociales en internet: aprende a usar Tuenti, Facebook, Fotolog, Myspace, etc. ¡mejor que tus hijos!*, Ediciones Copyright, Madrid, 2010, págs. 10 y sigs.

-*Redes sociales: manual*, Madrid, Ediciones Copyright, 2008, págs. 34 y sigs.

MORENO TOMÁS, Miriam, *Turismo y redes sociales*, Trabajo final de Carrera de la Diplomatura de turismo, dirigido por Francisca Ramón Fernández, Recurso electrónico CD-ROM, Gandía, 2010, págs. 16 y sigs.

REQUENA SANTOS, Félix, *Amigos y redes sociales: elementos para una sociología de la amistad*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2001, págs. 50 y sigs.

-*Análisis de redes sociales: orígenes, teorías y aplicaciones*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003, págs. 110 y sigs.

ISBN 978-84-694-0081-4

RIECHMANN FERNÁNDEZ, Jorge y FERNÁNDEZ BUEY, Francisco, *Redes que dan libertad: introducción a los nuevos movimientos sociales*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, S. A., 2001, págs. 200 y sigs.

SÁNCHEZ BALMASEDA, María Isabel, *Análisis de redes sociales e historia*, *una metodología para el estudio de redes clientelares*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, págs. 15 y sigs.

UGARTE GARCÍA, David DE, *El poder de las redes: manual ilustrado para personas, colectivos y empresas abocados al ciberactivismo*, El Cobre Ediciones, Barcelona, 2007, págs. 75 y sigs.

Páginas web consultadas:

www.facebook.com

http://www.codigosur.org/leer.php/581161

https://www.gdt.guardiacivil.es/webgdt/home_alerta.php

http://es.linkedin.com/

www.upv.es

www.wikipedia.org

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

VI. Cargos públicos representativos en las redes sociales: ¿existe incidencia en la relación representativa?

Antonio Javier Trujillo Pérez[180]

Profesor titular de Derecho constitucional

Universidad de Málaga

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado “Audios y vídeos del Congreso”.

Resumen: *En este trabajo se pretende conocer si existe incidencia de las redes sociales en la relación representativa que une a determinados cargos públicos representativos y a sus representados. Como en el ordenamiento constitucional español se pueden diferenciar diversos órdenes de representación, procede identificar estos niveles constitucionales para situar este trabajo y su posterior desarrollo. En realidad, es pertinente adoptar tanto una perspectiva institucional como otra subjetiva, lo que obliga a tener en cuenta tanto a los órganos representativos, como a sus integrantes: por ello, en cuanto al nivel que aquí se denominará comunitario, se analizará la institución Parlamento Europeo y los Diputados españoles que forman parte del mismo; en el nivel estatal general, procede analizar el Congreso de los Diputados y el Senado, junto a los concretos Diputados y Senadores elegidos por la circunscripción de Málaga; en relación al nivel autonómico, se observará el Parlamento de Andalucía y los Diputados provenientes de la circunscripción; finalmente, en cuanto al nivel local, se prestará atención a los diversos Ayuntamientos de la provincia y, especialmente, al de la capital.*

Palabras clave: *redes sociales, partidos políticos, relación representativa, Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Parlamento de Andalucía, Ayuntamientos, Málaga.*

---

[180] Este trabajo es uno de los resultados del Proyecto I+D+I del MICNIN, “Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites”, (DER2009-14519-C05-01/JURI), cuyo investigador principal es Lorenzo Cotino Hueso.

1. Parlamento Europeo

La vista de la versión española de la página web del Parlamento Europeo, llamada abreviadamente "Europarl", permite apreciar claramente su presencia en las redes sociales y canales multimedia y, en ese sentido, son dos las ocasiones en que esto se indica expresamente en el portal principal[181]. Por un lado, se encuentra el apartado denominado "Multimedia" donde expresamente se menciona a Twitter, existiendo la posibilidad de entrar en ese recurso con el resultado que a continuación se indicará y, por otro, existe una específica sección denominada "Redes sociales" con cuatro contenidos: "Estamos en Facebook", "Síguenos en Twitter", "Flickr" y "YouTube"[182]: antes de continuar enumerando otros recursos, se debe destacar cómo las dos primeras contienen una llamada a la interacción en su misma denominación, mientras las otras dos no la poseen aún. Es interesante indicar que también existe en esta página principal un canal RSS, que no sólo permite la suscripción a alertas RSS y podcasts sino también facilita al usuario la creación personalizada de la banderola de redifusión o sindicación como banner de la propia página o blog[183]. Además el Parlamento Europeo cuenta con una televisión por internet, llamada "europarltv", a la que también se puede acceder desde la página principal de la institución en cada idioma y que permite seguir las sesiones parlamentarias y ruedas de prensa en directo, así como tiene una programación semanal con informativos que hacen un resumen de la actividad parlamentaria del día y algunos otros programas indicados previamente en el sitio web[184]. A su vez, este canal de televisión permite su seguimiento a través de Facebook desde el año 2008[185], existiendo también

---

[181] La dirección oficial de la página web del Parlamento Europeo es http://www.europarl.europa.eu/ y su versión en español se encuentra en http://www.europarl.europa.eu/news/public/default_es.htm.

[182] http://www.facebook.com/europeanparliament; http://twitter.com/Europarl_ES; http://www.flickr.com/photos/european_parliament; http://www.youtube.com/user/EuropeanParliament.

[183] http://www.europarl.europa.eu/tools/rss/default_es.htm. Se encuentra el detalle de su contenido en http://www.europarl.europa.eu/wps-europarl-internet/frd/rss/edit-syndication-banner-form?language=es&init=true&is2009Elections=false.

[184] http://www.europarltv.europa.eu/es/home.aspx.

[185] http://www.facebook.com/europarltv. El día 11 de octubre de 2010 (11:53 h) tenía 2523 personas a las que gustaba la página, cifra que a 30 de noviembre (16.01 h) se había incrementado hasta 3105.

ISBN 978-84-694-0081-4

un perfil en Twitter pero que no se muestra desde la página del canal de televisión[186].

Particularizando más, interesa detenerse en el apartado “Multimedia” antes mencionado. Entre sus recursos, el enlace a “Todos los contenidos multimedia” no conduce a ningún sitio y redirecciona a la página del Parlamento Europeo[187], mientras el denominado “Twitter” envía a otra página de esta institución de la UE, pero no a la red social, llamada “El Parlamento Europeo está en Twitter”, con la indicación de este nombre, la lengua de referencia elegida y el icono de la red social al pie del último contenido[188]. Al entrar, muestra los últimos contenidos en forma de breve mensaje de texto, como es usual en esta red social, y ofrece la posibilidad de enlazar a un recurso de la propia página web del Parlamento Europeo, como el orden del día de una sesión o un artículo de la sección “Noticias” de la página, lo que en este último caso -a su vez- puede ser compartido a través de otros recursos y redes[189]. Estos aspectos muestran una peculiaridad de los recursos usados en este lugar, como es la retroalimentación de los contenidos, junto al uso múltiple de los mismos, lo que resulta una muestra de eficiencia, que intenta ser también una de las señas de identidad de la UE.

Dicha multiplicidad de recursos se advierte especialmente en la sección específica destinada a las redes sociales a la que se ha hecho referencia con anterioridad. Ahí se agrupan cuatro recursos concretos creados en Facebook, Twitter, Flickr y YouTube, según el orden en que aparecen. La página web del Parlamento Europeo cuenta con la “Galería de European Parliament”, compuesta por fotografías de la actividad parlamentaria y creada a través de la aplicación Flickr, así como de un canal en el portal YouTube[190].

---

[186] http://twitter.com/europarltv.

[187] Como muestra de eficacia, se indica el siguiente ejemplo: en prueba efectuada el día 9 de octubre de 2010 aparecía un mensaje de error y el día siguiente ya aparecía una página de la institución comunicando que esa dirección de internet no existe y efectuaba el redireccionamiento.

[188] En el caso español, El Parlamento Europeo está en Twitter y en otro tipo de letra Europarl_ES y se encuentra disponible en http://www.europarl.europa.eu/news/public/twitter/default_es.htm.

[189] El enlace a esos recursos aparece con la ruta propia de esta red social.

[190] A través de Flickr sólo se muestran fotografías y no vídeos, como también permite dicha aplicación.

ISBN 978-84-694-0081-4

1. 1. El Parlamento Europeo en "Facebook"

El análisis de la página en Facebook, denominada por el nombre de la institución en inglés, aporta los aspectos que se indican a continuación. En primer lugar la imagen de identificación de este perfil posee los colores corporativos de la institución y el breve resumen identificativo a su pie recalca la conexión con los electores, pues indica que es la única institución directamente elegida y que sus miembros representan al ciudadano: es de notar que se hace de forma dialógica, lo que favorece la dimensión de representatividad y la cercanía con los representados personalizándose, en los dos sentidos, la relación representativa[191].

En segundo lugar, se trata de una página abierta a su consulta y visita, sin necesidad de entrar en la red social, lo que resulta coherente al tratarse de una institución representativa y se acentúa por el interés de las instituciones comunitarias por dar a conocer lo máximo posible su actividad. El "Muro" está compuesto por tres secciones de las que una se dedica exclusivamente a los mensajes del propio Parlamento Europeo y otra muestra mensajes que otros usuarios. En el apartado "Información" se ofrece la descripción de la institución sólo en inglés y de un modo ágil aunque preciso, propio del uso de este tipo de recurso desde una perspectiva institucional, acentuando las dimensiones jurídicas y políticas[192]: de hecho, se resalta que el Parlamento Europeo es colegislador y deliberativo, así como que las decisiones que toman sus miembros afectan directamente a quienes leen esta información. En ese sentido, se puede destacar que en los tres aspectos se ofrece un evidente punto de realismo: por precisar que no es totalmente co-legislador, por indicar las ocasiones en que se consiguen los objetivos de acuerdo y consenso, por precisar que son los parlamentarios quienes adoptan las decisiones de la cámara o, finalmente, al tener presente que los principales destinatarios de la página pueden ser los propios

---

[191] "The European Parliament is the only directly-elected EU body. Members of the Parliament represent you, the citizen". La relación representativa la personaliza entre el ciudadano y los miembros del Parlamento Europeo, no la institución.

[192] La referencia realizada a la agilidad viene dada porque se trata de dos párrafos y el uso del recurso que permite al usuario ampliar la información (Ver más, Ver menos), sin recargar así excesivamente la presentación de la página. Como es usual en esta red, el título con el que aparece esta descripción hace referencia a su más habitual matiz comercial, esto es "Descripción de la empresa".

representados[193]. Además, no debe pasar inadvertido el uso de los puntos suspensivos en el texto presentado, por cuanto significa que no se pretende abarcar todo, sino inducir a quien lee a profundizar más en las competencias del Parlamento Europeo: esto es, no se trata de un mero recurso estilístico. La dimensión representativa del Parlamento Europeo se muestra mejor en el apartado dedicado en esta "Información" a la "Misión"[194].

Completan el perfil mostrado los apartados "Tweets", "YouTube", "Eventos" y "Polls", lo que pone de relieve el deseo de interconectar con otras aplicaciones y privilegiar el seguimiento de la página y la participación en la misma[195]. Sin embargo, puede causar extrañeza que recursos que permitirían una actuación más profunda y activa de los destinatarios –"Foros", "Críticas" y "Notas"- no sean accesibles directamente, sino sólo desplegando el icono pertinente, aunque en el caso de "Notas" hay que precisar esto puesto que existe el recurso en el menú vertical, debajo de las personas a quienes gusta la página[196]. Las "Notas" que muestra brevemente en la página principal son de las escritas por el propio Parlamento Europeo, mientras las escritas sobre él se pueden ver desde el enlace "Ver todas".

En el menú vertical de esta página se encuentra el recurso que muestra el número de personas a las que gusta y este dato servirá para compararlo con las otras en las que se encuentra presente esta institución y, más en general, para ponerlo en relación con el número de representados en la institución o el de electores que han dado lugar a su conformación[197]. A

---

[193] La versión completa del texto así lo demuestra: "The European Parliament is co-legislator for most of Europe's laws. It is a place where people from 27 member states come together to disagree, a place where political ideas and ideals meet, sometimes to clash, sometimes to be reconciled. Alliances are formed, deals are struck, compromises made, in other words, it's the usual, sometimes glorious, sometimes inglorious, business of democratic politics. Members of the European Parliament make decisions which affect you directly. The car you drive, the air you breathe, the mobile phone in your pocket, the food you eat, the water you drink, the worker you employ, the bank you borrow from, the waste you discard...".

[194] "Representing the citizens of Europe, debating the big European issues which matter to them, voting European laws to make their lives better and making the European Union accountable to them".

[195] Tweets permite escribir en Twitter desde Facebook y es resultado de la aplicación Social Tweet: en este recurso se muestran los datos de Followers (3.753), Friends (1.353) y Statuses (1.172).

[196] Para participar en las encuestas hay que usar la cuenta de Facebook e iniciar la correspondiente sesión, tratándose de encuestas que sólo pueden ver los considerados "amigos".

[197] En visita realizada el día 9 de octubre aparecía el número de 82.602 personas, incrementándose en 4 en el período de 15 minutos. 24 horas después ese número era de

continuación de este recurso se encuentran los de "Notas" y "Páginas favoritas".

1. 2. El Parlamento Europeo en "Twitter"

La segunda red social que aparece en este apartado de redes sociales de la página web del Parlamento Europeo es Twitter y al sitio de la institución en ella se accede desde el enlace "Síguenos en Twitter", situado en este apartado. Aquí sí se han creado perfiles en las diversas lenguas de los Estados que integran la UE, lo que permite examinarlos separadamente y sirven para dar nombre a este usuario, como muestra cada uno de ellos al lado del icono institucional que los identifica, igual para todos ellos, lo que refuerza la imagen institucional corporativa[198]. Se pueden destacar varios elementos del perfil. En primer lugar, como ubicación se indicado Bruselas, que no es donde está situada la sede principal del Parlamento Europeo. En segundo lugar, como "Biografía" se indica algo muy genérico, que no hace referencia a las funciones del Parlamento Europeo, lo que supone una diferencia con Facebook: en Twitter se indica como instrumento para conocer de la actualidad de la institución. En tercer lugar, existen los datos de a quién sigue este usuario, quién lo sigue a él y en qué listas se encuentra, siendo estas últimas las únicas que se pueden consultar sin iniciar una sesión en la red social, aunque también una selección de a quiénes sigue "Europarl_ES" se muestran debajo de estos datos a través de sus iconos de perfil[199]. Por último, existe la posibilidad de suscribirse, desde esta página principal, al "Canal RSS de los tweets de Europarl_ES", lo que en la anterior red estaba en el menú desplegable. Por último, los mensajes escritos siguen los parámetros habituales de esta red: muy concisos y completados con un enlace a un desarrollo de los mismos en el lugar correspondiente de la página web del Parlamento Europeo.

82.858, con un ascenso de 256. A día 30 de noviembre (18:56 h) aparecían ya 87.816 personas

[198] Se hace con el nombre de Europarl, seguido de un guión bajo y las dos primeras letras de la lengua en mayúsculas: p. ej., Europarl_ES.

[199] A día 11 de octubre (14:15 h), los datos eran: Siguiendo, 557; Seguidores, 696; Listas, 103, mientras a día 30 de noviembre (16:19 h) son: Siguiendo, 1.379; Seguidores, 4.162; Listas, 486.

ISBN 978-84-694-0081-4

1. 3. El Presidente del Parlamento Europeo y los grupos políticos en las redes sociales

Interesa detenerse en el apartado dedicado al Presidente de esta institución, cuyo enlace se encuentra situado en la parte superior derecha de dicha página[200]. En la versión inglesa se usa una fórmula que permite la indicación de varias redes sociales aunque –por el momento- exista enlace a dos: esto ocurre porque se usa un genérico “Follow President” en las cuatro versiones idiomáticas de la página, al que se pueden ir añadiendo pestañas a las ya existentes de Facebook y Twitter. El resumen de su perfil de Facebook, escrito en inglés y polaco, se dirige de modo proactivo al visitante, porque indica su deseo de mantenerle al día sobre su trabajo como Presidente de la citada institución. El “Muro”, que puede ser visto sin iniciar sesión en la red social, contiene mensajes escritos por él y por otros, estando formando los suyos por un texto sintético y directo, un enlace a otro recurso donde se amplía el texto y un pequeño aumento del mismo que finaliza con el recurso de puntos suspensivos; se permite enviar comentarios e indicar si gustan, aspectos estos para los que ya es preciso iniciar una sesión en la red social. Igualmente se presenta en inglés y polaco la “Información” del perfil creado, salvo la de su apartado “Actividades”, destacando que en la relativa a los sitios webs se indican cuatro[201] y que, asimismo, es amplia la información del apartado relativo a darlo a conocer, pues se combinan aspectos propios de su cargo en el Parlamento Europeo, como de su trayectoria política personal y profesional al margen de la actividad política. Los otros elementos del perfil creado son los correspondientes a vídeos, fotografías, próximos eventos y enlaces, existiendo también en el menú vertical, añadido a los anteriores, el de páginas favoritas de Facebook donde se reafirma su posición institucional[202]. En contraste, el perfil de Twitter es más escueto y se usa primordialmente la lengua inglesa[203]: indica como ubicación la UE y

[200] Está disponible en cuatro idiomas –inglés, francés, alemán y polaco- en la dirección http://www.europarl.europa.eu/president/view/en/the_president/latest_news.html. Se indica que gusta a 4.878 personas el día 11 de octubre de 2010 (20:56 h), que son ya 5.503 personas el día 30 de noviembre (16.23 h).

[201] Son las páginas del Presidente del Parlamento Europeo, la suya personal y las de sus perfiles en Facebook y Twitter.

[202] Enlaza a la de Unión Europea (http://www.facebook.com/pages/European-Union-EU/12088416071) y a la del Parlamento Europeo ya indicada anteriormente.

[203] La dirección es http://twitter.com/jerzybuzek. El apartado Biografía sólo indica el cargo que ocupa y lo hace en inglés y polaco.

ISBN 978-84-694-0081-4

aparecen los habituales datos de a quién sigue, quiénes lo siguen y en qué listas aparece[204].

En la página web del Parlamento Europeo, a continuación del apartado dedicado al Presidente del mismo, aparece el nombre de los grupos políticos existentes en dicha cámara ordenados según el número de miembros que los componen[205]. El Grupo del Partido Popular Europeo (Demócrata-Cristianos) cuenta con un perfil en Twitter y en Facebook y su Presidente con uno en Facebook, aunque de estos tres perfiles sólo el primero y el tercero aparecen destacados en la página del grupo. También se ofrece la posibilidad de suscribirse a un canal RSS[206], instrumento que es el único recurso ofrecido desde la página oficial del Grupo del Partido Popular en el Parlamento Europeo[207].

La página del Grupo de la Alianza Progresista de Socialistas & Demócratas en el Parlamento Europeo cuenta con una mayor variedad de recursos: canales de alimentación de podcasts y actualización de la página mediante RSS en la parte superior de la misma; un espacio para realizar foros, chats, iniciar debates los visitantes y comentar intervenciones del Presidente del grupo, con fuerte personalización en éste aunque existe otro enlace específico para ir a los foros; posibilidad de participar en una red propia –RedSpace- para conocer "a otros socialdemócratas y compartir fotografías, comentarios e ideas"; un apartado para acceder a los blogs de los eurodiputados que los poseen en el que también se incorpora la posibilidad de participar en sondeos y blogs en vivo con motivo de alguna actividad parlamentaria o relacionada con ella; un canal de difusión de archivos de vídeos y audios; enlaces muy claros –aunque con denominaciones más bien alejadas del tono informal que suele ser frecuente

---

[204] A día 11 de octubre (21:26 h), los datos eran: Siguiendo, 394; Seguidores, 3.099; Listas, 314. Comparándolas con las del perfil del propio Parlamento Europeo llama la atención de que lo sigan casi seis veces más usuarios y se encuentre en más del triple de listas que la cámara. A día 30 de noviembre (16:27 h), los datos son: Siguiendo, 420; Seguidores, 3.506; Listas, 349.

[205] Actualmente son siete.

[206] Desde la página del grupo http://www.eppgroup.eu/home/es/default.asp?lg1=es , en la que hay un error en el nombre que aparece en la versión española, "Grupo PPE en el Parlemento (sic) Europeo"- hay enlaces destacados con texto e imágenes llamados Follow the EPP Group on Twitter, que dirige a http://twitter.com/EPPGroup y Join Joseph Daul on Facebook, que lo hace a http://www.facebook.com/joseph.daul. El enlace al perfil del propio grupo en Facebook sólo está al pie de la página con única y más anodina denominación de EPP Group on Facebook, que conduce a http://www.facebook.com/EPPGroup.

[207] http://www.gppeuropeo.eu/os/index.asp.

ISBN 978-84-694-0081-4

en estos casos- a los perfiles del grupo en Twitter y del Presidente del grupo en Facebook, ya que el grupo no posee perfil en esta red y al del Presidente dirige el enlace del mapa del sitio denominado "Grupo Facebook", así como al canal del grupo en el portal de YouTube; una muestra de los últimos contenidos publicados por integrantes del grupo en la lista de Twitter creada por el grupo para los parlamentarios individuales con la posibilidad de incorporar específicamente este recurso a los marcadores del navegador y de enlazar directamente a esta lista[208].

El Grupo de la Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa (ALDE), además de ofrecer la posibilidad de suscribirse a una lista de correo para recibir noticias de la actividad del grupo desde un lugar muy visible de la página, contiene una muy destacada presencia en las redes sociales y, en general, de uso de recursos multimedia[209]: en concreto, el apartado donde se reúnen estos recursos muestra hasta siete recursos diversos aunque se privilegian algunos[210] y contiene, por tanto, una rica variedad de instrumentos combinando redes, contenidos de vídeo o audio y mecanismos para compartir, llamando la atención que son diversos los pequeños resúmenes que se asocian a cada uno de esos recursos[211]. Por contraste con los dos

---

[208] Los recursos se encuentran a partir de http://www.socialistsanddemocrats.eu/gpes/index.jsp?request_locale=ES. La personalización indicada reside en que es el primero de estos recursos interactivos que aparece y se denomina La Opinión del Líder". El canal de difusión de archivos de audios y vídeos es http://www.sdbroadcasting.com/. Las denominaciones de los enlaces a las redes son "Siga nuestros Twitter", en el que conduce al perfil http://twitter.com/TheProgressives; "Únase a Martin Schulz en Facebook", en el que lleva a http://www.facebook.com/pages/Martin-Schulz/75969208461; "Entrevistas y debates sobre temas clave", en el que dirige a http://www.youtube.com/socsanddems. La lista mencionada se encuentra en http://twitter.com/theprogressives/s-d-meps.

[209] Desde su página, http://www.alde.eu/, se accede al apartado dedicado a las redes sociales bien desde el enlace de la parte inferior de la misma o desplegando el menú vertical "About Us". En la página principal se muestra junto a las últimas noticias, también el último vídeo, así como –en la parte inferior de la página- existe una galería de fotografías. En el menú de los recursos de esta página principal existen Photos y Videos, diferenciando un canal oficial (http://www.alde.eu/videos/aldes-official-video-channel/) de otros canales de vídeos alojados en plataformas conocidas (http://www.alde.eu/videos/video-channel-youtube-dailymotion-vimeo/).

[210] La propia dirección del apartado muestra esto -http://www.alde.eu/alde-group/social-networks-twitter-facebook/- aunque también lo hace el nombre asignado a este apartado "Social Networks: ALDE group on Twitter, on Facebook, on Google Buzz"

[211] Existen "ALDE group on Twitter" (http://twitter.com/ALDEADLE), "ALDE page on Facebook" (http://www.facebook.com/pages/Brussels-Belgium/ALDE-Alliance-of-Liberals-and-Democrats-for-Europe/123910440019?ref=search&sid=1025588729.3747235402..1), la posibilidad de suscribirse por medio de marcadores dinámicos a archivos de audio (aldeadle.blip.tv), un recurso para compartir a través de internet las actividades de los miembros del grupo parlamentario (http://friendfeed.com/aldelinkedin) , un perfil de Google

ISBN 978-84-694-0081-4

grupos parlamentarios anteriormente citados, en este grupo no existe personalización en su líder e incluso, en el apartado dedicado a la Presidencia del mismo, se muestra el equipo que la compone: esta colegialidad o visión de grupo también se daba en todos los recursos existentes[212].

El cuarto grupo de la cámara, Grupo de Los Verdes-Alianza Libre Europea posee perfil en Twitter, al que anima a seguir con una formal y sobria referencia, aunque en su página web destaca sobremanera la videoteca por el diseño e información que ofrece[213].

El Grupo de Conservadores y Reformistas Europeos indica al pie de su página web las redes en que está presente –Facebook, Twitter y YouTube-, usando expresiones relativamente formales para invitar a su seguimiento aunque, en primer lugar, se destaca el canal RSS con una leyenda apropiada a su unívoco carácter de transmisor de información[214].

El Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica sitúa también todos estos recursos en la parte inferior de su página web, con un apartado específico llamado de forma proactiva "Join us on" y, en el faldón de la misma, de dos formas diferentes, lo que resulta algo reiterativo por su cercanía en la página[215]: los lugares que permiten el

---

(http://www.google.com/profiles/aldeadle), un canal para seguir intervenciones de los miembros del grupo a través de podcasts por la plataforma iTunes (http://itunes.apple.com/podcast/aldeadle/id286215324), y un canal en YouTube (http://www.youtube.com/aldeadle).

[212] En ese sentido, desde la página de Presidencia existe un menú denominado "ALDE on the web": aquí se añade a todos los ya mencionados el canal RSS (http://www.alde.eu/social-network/rss-feed/) y el existente en Flickr (http://www.flickr.com/photos/aldeadle).

[213] Encontrándose la página en http://www.greens-efa.org/cms/default/rubrik/6/6270.home@en.htm, usa la expresión "follow us on twitter" para ver el perfil en http://twitter.com/GreensEP. La videoteca se encuentra en http://www.greens-efa-service.org/webtv/index.html# y es muy ágil la ventana con breve información que se muestra sobre cada uno de los vídeos. Lo que no resulta muy conseguida es la propia página web, cuya consulta resulta algo tediosa por la extensión.

[214] La página es http://www.ecrgroup.eu/. La leyenda del canal RSS es "Stay easily informed": las otras son "ECRG on Facebook", "Follow us on Twitter" y "Watch our YouTube channel". Las direcciones son http://www.facebook.com/pages/wwwecrgroupeu/158530137141, http://twitter.com/ecrgroup, http://www.youtube.com/ECREuroParl. Está bastante cuidado el enlace denominado Contacts por la información que proporciona sobre el staff directivo del grupo.

[215] La página está en http://www.guengl.eu/showPage.php?ID=1. En el faldón aparece el enlace "Join in" que lleva a tres enlaces como son "Contact us" (configurado de modo muy didáctico y completo), "Comments" (que permite enviar comentarios a través de un sencillo formulario) y "Email alerts" (para recibir los cambios producidos en cualquiera de los

ISBN 978-84-694-0081-4

seguimiento de la actividad del grupo son, por el orden en que se mencionan y que tienen una presentación de grafía e iconografía diversa, YouTube, Twitter, Facebook, Flickr[216]. Debe destacarse los modos y objetivos diversos con que se han creado los perfiles en las dos redes sociales mencionadas: el detalle del apartado "Biografía" del perfil en Twitter proporciona una muy precisa información sobre la composición del grupo, mientras resulta más político el que se proporciona en el apartado "Información" del perfil de Facebook, acordes por ello con la extensión posible de los citados apartados.

Finalmente, el último grupo es Europa de la Libertad y de la Democracia, que tiene perfiles en Facebook y Twitter, así como presencia en Flickr[217]: desde la página hay enlaces a estas dos redes, con nombres diferentes y adecuados a la naturaleza diversa de dichas redes. "Join us on facebook" conduce al perfil de esta red, que se encuentra en inglés y finés -cuando sólo uno de sus 30 integrantes es finés- y que, en su apartado de "Información", tiene una amplia declaración política en esos dos idiomas, mientras "Follow us on twitter" lleva a la otra y, como contraste, se observa que no indica nada en el apartado "Biografía".

1. 4. Los representantes españoles en el Parlamento Europeo y las redes sociales

Se trata ahora de observar el uso que los españoles que forman parte del Parlamento Europeo hacen de las redes sociales, aunque también interesará saber si tienen página web o blogs abiertos. El análisis se hará desde la información proporcionada desde la página de esa institución, que permite consultar la lista de los representantes mediante el enlace "Sus diputados", así como la ficha personal de cada uno de ellos[218].

---

apartados en que se organiza la página web). "We're on" es la expresión más formal en que se indica en dicho faldón las redes en que tiene presencia este grupo y que aparecen en similar modo al del apartado correspondiente de la página: quizás, como expresión del cuidado puesto en su confección, se debe señalar que al situar el cursor sobre los nombres, estos se colorean del modo habitual corporativo de cada uno de estos recursos.

[216] Disponibles en http://www.youtube.com/user/GUENGL; http://twitter.com/GUENGL; http://www.facebook.com/group.php?gid=51716672257&ref=share; http://www.flickr.com/photos/guengl/sets/.

[217] La dirección web es http://www.efdgroup.eu/; http://www.facebook.com/group.php?gid=182856499779; http://twitter.com/EFDgroup. Finalmente, la galería de fotografías se encuentra en http://www.flickr.com/photos/efdgroup.

[218] La información sobre los 49 Diputados españoles se encuentra en http://www.europarl.europa.eu/members/public/geoSearch/search.do?country=ES&partNumb

ISBN 978-84-694-0081-4

En primer lugar, hay que decir que ninguna ficha hace referencia al uso o presencia de los parlamentarios españoles en red social alguna, por lo que se hace necesario ver quiénes tienen página web o blog y así se indica en la correspondiente ficha, pues se entiende que -de ese modo- la habrán querido conectar con la actividad representativa que ejercen: no obstante, la ficha sólo incorpora las direcciones *url* pero sin especificar si se trata de una web o un blog y, por todo ello, saber con exactitud el número de representantes que usan estos recursos no es tarea fácil.

Se puede comenzar porque, aparentemente, hay 9 parlamentarios con blog y otros 16 con página web, aunque deben precisarse varios aspectos. De los 5 parlamentarios con blog -hay 4 parlamentarias con este instrumento-, uno de ellos en realidad lo tiene inactivo desde antes de las últimas elecciones al Parlamento Europeo y lo sustituyó por una página web, pero –sin embargo- eso no se indica en la ficha, donde sigue apareciendo la dirección del blog[219]. Otros dos más, una mujer y un hombre, disponen de blog aunque donde lo indican es en su página web, no en la ficha personal como miembros de la cámara: por tanto, en realidad hay que tener en cuenta 10 blogs, 5 de parlamentarias y otros 5 de parlamentarios, lo que ya supone un leve incremento numérico respecto a la anterior legislatura. A su vez, de los 16 que indican en su ficha una o varias páginas webs, en 8 casos -2 mujeres y 6 hombres- se trata de la página de la delegación de su partido político español en el Parlamento Europeo, y todos ellos pertenecen a la misma formación política[220]: de esta forma, refuerzan no sólo su conexión partidaria sino también su carácter nacional. A la vez, un parlamentario indica una dirección que conduce al mismo blog que también se encuentra en su ficha personal[221], mientras otro indica dos páginas, una de las cuales es la correspondiente a su actividad académica anterior a su elección como Diputado, como se refleja claramente, y que debe servir para dar a conocer de modo más extenso su currículum profesional dado el pequeño espacio

er=1&language=ES. El número, a fecha 8 de noviembre, se debe a la reciente renuncia de un Diputado que ha sido nombrado Ministro en la última remodelación del Gobierno.

[219] Se trata de http://www.willymeyer.blogspot.com/: al entrar –la última vez, el día 18 de diciembre de 2010 (10:38 h)- hay un mensaje del día 25 de mayo de 2009, comunicando que ha dejado de actualizarse y que la información del “eurodiputado y candidato de IU a las elecciones europeas” puede seguirse en http://www.willymeyer.es/.

[220] Se trata de la dirección http://www.psoe-pe.org. Uno de estos parlamentarios indica esta página en segundo lugar, tras mostrar primero la dirección url de su blog.

[221] Se trata de la dirección http://www.raulromeva.cat que lleva al contenido de http://blocs.mesvilaweb.cat/raulromeva.

ISBN 978-84-694-0081-4

permitido por la ficha de parlamentario[222]. Por tanto, el número de parlamentarios que tienen página web es de 8, 2 mujeres y 6 hombres.

Quizás para tener una perspectiva sobre estos números, hay que tener en cuenta que el total de parlamentarios por España es 49 –como ya se ha dicho, desde mediados de octubre de 2010-, 17 mujeres y 32 hombres: el número de blogs es 10 (20’4% del total), con un reparto de 5 mujeres y 5 hombres, lo que supone proporcionalmente 29’4% de mujeres y 15’6% de hombres. El número de parlamentarios con página web propia es 8 (16’3%), siendo 2 mujeres y 6 hombres o, respectivamente, 11’7% y 18’75%. Sumando el número total de parlamentarios con alguno de estos dos recursos y sabiendo que sólo dos, una mujer y un hombre, tienen página y blog, tendríamos 16 del total de 49, lo que hace 32’6%, siendo 6 mujeres (35’2% de las mujeres) y 10 hombres (31’25%). En definitiva, el porcentaje de mujeres que usan estos instrumentos relacionados, en principio, con su actividad representativa es superior el de hombres, prefiriendo las primeras claramente el blog, mientras los hombres se mueven en parámetros similares para el blog y la web propia.

En cuanto a redes sociales, aparecen los siguientes datos, que contrastan fuertemente, por su escaso número, con los de la propia institución parlamentaria y los grupos políticos existentes en la cámara. En Facebook tienen perfil creado, por los datos que ofrecen en su blog o página web, un total de 5 parlamentarios (10’2%), 2 mujeres (11’7%) y 3 hombres (9’3%), siendo totalmente públicos sólo dos de ellos, correspondientes a dos hombres, mientras los otros tres perfiles hay que consultarlos desde dentro de la red social. En Twitter sólo tienen perfil dos parlamentarios (4’1%), un hombre (3’1%) y una mujer (5’8%), que también cuentan significativamente –a su vez- con perfil en Facebook[223]. En YouTube tienen canal únicamente 3 parlamentarios varones, 6’1% del total de Diputados y 9’3% del de varones[224]: uno de ellos es el que cuenta con perfil creado en las dos redes

[222] Es la correspondiente a http://www.ramontremosa.cat/, cuya última entrada corresponde a la presentación de un libro prevista para el día 5 de junio de 2008. La otra página que señala, http://www.tremosa.cat/, aparece claramente que es la creada como para dar a conocer su actividad parlamentaria, como indica su subtítulo “Eurodiputat de Convergència i Unió”.

[223] A fecha 10 de noviembre, el perfil de Twitter del citado parlamentario está registrado pero no existe, según el mensaje que aparece al pulsar en el correspondiente enlace de su página web.

[224] Hay un cuarto parlamentario que indica un canal de YouTube, pero es el del partido político español al que pertenece.

ISBN 978-84-694-0081-4

sociales anteriormente citadas. Finalmente, este mismo parlamentario es el que tiene una galería fotográfica en Flickr. Por tanto, el total con presencia en estas redes sería 7 parlamentarios (14'2%), 2 mujeres (11'7%) y 5 hombres (15'6%).

2. Congreso de los Diputados

En la página web del Congreso de los Diputados, a diferencia de lo observado en el Parlamento Europeo, no existe rastro de presencia de este órgano constitucional en red social alguna. Lo único que se encuentra, al pie de la página, son las indicaciones de los medios más tradicionales de teléfono, fax y correo electrónico: resulta llamativo que existan cuatro símbolos de este último medio, lo que induce a confusión, puesto que el cuarto no conduce a una aplicación de correo, sino al horario de registro. En la sección de la página destinada al Presidente del Congreso de los Diputados existe el enlace denominado "Contactar con el Presidente": ahí se publica la dirección de correo electrónico del mismo como dirección de contacto[225].

En cuanto a los seis grupos parlamentarios existentes en la cámara, sólo dos de ellos poseen página web como se indica en el apartado dedicado a estos sujetos parlamentarios, lo que contrasta con lo que sucede en el Parlamento Europeo[226]. La página del Grupo Parlamentario Socialista, mayoritario en la cámara y que sostiene al Gobierno, combina este doble carácter y, por ello, contiene información de la actividad representativa pero también un apartado denominado "El Gobierno responde": no hay indicación alguna en cuanto a redes sociales, aunque sí de blogs, bien porque se destacan dos, bien porque existe un enlace llamado "Diputados en la Red", que muestra el elenco de integrantes del grupo parlamentario con presencia en internet. La página del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Uniò) es más completa a los objetos de este trabajo: contiene una "Sección Multimedia", señalada claramente, con indicación de la existencia de perfiles en Facebook, YouTube y Flickr, aunque estos corresponden a la formación política de la que procede y no al grupo parlamentario, con lo que se refuerza

---

[225] La dirección es jose.bono@presidente.congreso.es y está disponible en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Presidencia.

[226] Sus direcciones son http://www.socialistasdelcongreso.es/opencms/opencms/gps y http://www.ciucongreso.es/.

ISBN 978-84-694-0081-4

la conexión partidaria del grupo pero no la representativa[227]. A su vez, desde el primer perfil se descubre que dicha formación también posee otro en Twitter[228]. La observación de la página web permite destacar otros elementos: todas las noticias se encuentran en formato de texto y de vídeo, así como existe un apartado dedicado específicamente a televisión[229], un buzón para enviar mensajes y comentarios a los miembros del grupo a través de una sencillo formulario y un canal RSS que permite sindicarse a los contenidos de la página.

Para analizar los Diputados electos por la provincia de Málaga, que son 10 (3 mujeres y 7 hombres), también se deben consultar las fichas pertinentes existentes en la página web del Congreso de los Diputados. Ninguna Diputada tiene referencia a blog o página web en su ficha, lo que contrasta grandemente con la situación antes descrita relativa al Parlamento Europeo[230]. Entre los Diputados hay 4, 40% del total de electos en la circunscripción y 57’1% de los varones, que tienen un blog mencionado en la ficha y 3 de ellos pertenecen al Grupo Parlamentario Socialista[231]: como se ve, estos últimos porcentajes de los electos en la circunscripción de Málaga son superiores a los mencionados antes respecto a los parlamentarios españoles en el Parlamento Europeo. Debe recordarse en este punto que, según información de la propia página web del Congreso de los Diputados, un total de 97 parlamentarios cuentan con páginas personales, dato que no se muestra desagregado por sexos. Es preciso señalar que este número de Diputados diferentes es erróneo pues, en realidad, son 95, ya que dos están nombrados en dos ocasiones[232]. Además, de esos 95 parlamentarios -lo que

---

[227] Están en http://www.facebook.com/pages/Convergencia-i-Unio/133784158423?v=wall&ref=ts (escrito sólo en catalán, aunque la página web del grupo está en castellano y catalán), http://www.youtube.com/user/CiUtv y http://www.flickr.com/photos/convergenciaiunio/.

[228] Su dirección es http://twitter.com/ciu, y también está escrito en catalán.

[229] Aloja vídeos y vuelve a existir el enlace a YouTube.

[230] Dos de ellas pertenecen al Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y la tercera al Grupo Parlamentario Socialista. La ficha de una de las primeras indica dos direcciones de correo electrónico, la del Congreso y la del Parlamento de Andalucía, cámara a la que perteneció de 2000 a 2008: resulta llamativo que se mantenga aún.

[231] De las 5 personas electas de este partido político, ahora son 1 mujer y 4 hombres: el porcentaje con blogs es del 60% del total y 75% de los hombres.

[232] En el apartado “Diputados” de la web de la cámara, existe una sección llamada “Páginas personales de Diputados (legislatura en curso)”, donde se indica expresamente este dato (http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/PagPersDip). Se trata de dos blogs que han sido sustituidos (http://ramonmoreno.wordpress.com/ y

ISBN 978-84-694-0081-4

supone un 27'1% del total de integrantes de la cámara-, 27 son mujeres y 68 hombres, lo que indica unos porcentajes de 20'7% y 29'5% sobre el total de mujeres y hombres en el Congreso de los Diputados: estos datos son inferiores al caso tratado antes de los miembros españoles del Parlamento Europeo y, además a diferencia de esa cámara, en el Congreso son menos las mujeres que usan estos recursos que los hombres.

Del análisis de las fichas también llama la atención que dos Diputados no publiquen ninguna dirección de correo electrónico para intentar contactar con ellos[233]. A su vez, en ninguna de las fichas aparece mención a redes sociales, por lo que vuelve a ser preciso consultar la información facilitada en los diferentes blogs. Del análisis de estos, en primer lugar, debe destacarse que en dos de ellos se hace más hincapié en el cargo orgánico partidario que en la actividad parlamentaria, hasta el punto que en uno no aparece referencia a que se sea miembro del Congreso[234]. En segundo lugar, dos de los tres diputados socialistas con blogs mencionan –en la sección de "Comunidad de blogs"- a los otros Diputados y Senadores de su formación política en su circunscripción que tienen un blog, lo cual es útil al menos en el caso de los miembros de la Cámara Alta ya que estos en sus respectivas fichas de parlamentarios no lo hacen. En tercer lugar, desde el punto de vista de la actividad representativa, puede decirse que el uso de este recurso es pobre, además de por lo mencionado, si se tienen en cuenta algunos aspectos concretos: de uno de los blogs se desprende que el autor tiene relación con alguna cámara representativa, pues aparece un enlace denominado "Iniciativas parlamentarias", aunque no se puede saber de qué cámara se trata desde la página principal[235]; en otro blog, todas las entradas

---

http://bloc.lourdesmunozsantamaria.cat/: el primero sigue existiendo y remite al nuevo y el segundo no existe).

[233] Ambos pertenecen al Grupo Parlamentario Socialista. Uno de ellos es de los que en su ficha aparece un blog y, a través de la comunidad de blogs muestra, se puede saber que el otro Diputado también posee uno aunque es totalmente privado y sólo admite a lectores invitados.

[234] Uno tiene como subtítulo "Blog del Secretario General del PSOE-A de Málaga" (http://miguelangelheredia.wordpress.com/) y en otro, iniciado este mismo año 2010, no aparece referencia alguna al cargo de Diputado: en el perfil personal, tras el nombre del titular del blog, aparece la frase "Secretario general de NN.GG. del Partido Popular" (http://www.pp.es/blogosfera/angelluisgonzalez). Los otros dos blogs destacan claramente la condición de Diputado sobre los cargos orgánicos (http://jatorresmora.wordpress.com/ y http://luistomasgarcia.blogspot.com/).

[235] Bien hay que ir a la Biografía en la sección "Acerca de mí", donde en la última línea del texto antes del currículum resumido se indica, tras la mención al cargo orgánico, que es "diputado en el Congreso por Málaga"; bien porque se consulte el enlace citado en el texto, también en la misma sección: aquí aparece que "En este enlace a la página del Congreso de

ISBN 978-84-694-0081-4

corresponden a artículos publicados en la prensa escrita, sobre todo en un periódico de la circunscripción en el que se tiene una colaboración regular[236]. En cuarto lugar, respecto a la presencia en redes sociales sólo hay indicación de presencia en alguna en dos de los blogs, aunque también con un cierto tono menor en cuanto a algunos de sus contenidos desde el punto de vista de la relación representativa: los dos Diputados que cuentan con perfiles en Facebook, ambos del Grupo Parlamentario Socialista, no los tienen abiertos con carácter público para ser vistos sin iniciar sesión en esa red[237]; sólo cuenta con perfil en Twitter un Diputado que, además, lo tiene también en la anterior red: su primera, única y pública entrada en ese perfil fue para anunciar una intervención ante el Pleno, en un asunto que sí tenía relevancia para su circunscripción[238]; uno de los Diputados socialistas es el único que indica que posee canal en YouTube[239]. Finalmente, sí debe indicarse que tres de estos blogs tienen unos fáciles y bien situados medios para permitir su seguimiento o suscribirse a ellos, privilegiándose en ese sentido el modo de hacerlo a través del correo electrónico[240].

---

los Diputados podéis acceder a las últimas novedades sobre mi trabajo parlamentario", aunque el problema está en que se accede a un apartado de la "Búsqueda por formulario" del trabajo parlamentario de la página web del Congreso que no siempre muestra las iniciativas parlamentarias de este Diputado como resultado.

[236] Es el blog http://jatorresmora.wordpress.com/.

[237] Son http://es-la.facebook.com/luistto y http://es-la.facebook.com/miguelangelherediadiaz. Las entradas realizadas en http://www.pp.es/blogosfera/angelluisgonzalez permiten, si se accede al contenido completo, adherirse a ellas iniciando sesión en Facebook.

[238] Es http://twitter.com/maherediadiaz: la entrada es del día 12 de octubre (sic, porque ese día era festivo), anunciaba que intervendría en el Pleno esa mañana y seguía siendo el único mensaje a día 12 de noviembre de 2010. Hay algunos errores tipográficos en el mensaje. Sorprende que ante esa escasa actividad, tenga 122 "Seguidores", así como que se anteponga el cargo orgánico al de Diputado. Este Diputado muestra en su blog el perfil de Flickr de su partido en la provincia de Málaga (http://www.flickr.com/photos/psoemalaga). Las entradas realizadas en http://www.pp.es/blogosfera/angelluisgonzalez permiten, si se accede al contenido completo, adherirse a ellas iniciando sesión en Twitter.

[239] http://www.youtube.com/LuisTomasGarcia, perfil creado en febrero de 2009, con dos vídeos subidos, en febrero y marzo de ese mismo año de creación.

[240] Quizás en el caso de http://miguelangelheredia.wordpress.com/ debería explicarse algo lo que incentiva mediante el enlace "Envíame tu email" que, además, genera un correo electrónico para enviar a secretariogeneral@psoemalaga.es (nuevamente, se remarca el cargo orgánico sobre el representativo aunque es coherente con el nombre del blog ya citado anteriormente). En http://luistomasgarcia.blogspot.com/ el medio de seguirlo es a través de Google Friend Connect, siendo el único de los blogs que ha elegido esta aplicación.

ISBN 978-84-694-0081-4

3. Senado

La página del Senado es más sobria de contenidos y, al igual que el Congreso de los Diputados, no contiene indicación alguna de presencia en redes sociales. Sí destaca que uno de sus enlaces posibilita un “Encuentro virtual con el Presidente del Senado”, permitiendo acceder al denominado “Espacio de encuentro virtual con el presidente del Senado”[241]: éste es definido como un foro de consultas y se expresan los compromisos por parte de este órgano rector de la cámara de responder cada mes y avisar por correo electrónico cuando las respuestas se encuentren disponibles en la web. Es preciso resaltar que se favorece su empleo puesto que, a través de un sencillo formulario, se puede escribir la pregunta que se desea enviar al Presidente del Senado, siendo únicamente necesarios el nombre de quien escribe y el texto que se desea transmitir, puesto que el campo “Correo” sólo debe incorporarse si se desea recibir notificación de la publicación de la respuesta. Las últimas preguntas y contestaciones publicadas corresponden a septiembre de 2010 y, a la vez, es conveniente indicar que ya existió en la anterior Legislatura pues se abrió en octubre de 2004, así como que todas las preguntas y respuestas publicadas se pueden consultar[242].

Otro de los enlaces de la página se denomina “Canal Senado”, que es un canal de televisión producido por la propia cámara, cuya finalidad es favorecer la “difusión y un mejor conocimiento” de su actividad: está previsto que emita a través de satélite y de internet las sesiones del Pleno y de las Comisiones.

Ninguno de los seis grupos parlamentarios existentes en la actualidad dispone de página web o blog indicados en esta página del Senado, con gran diferencia de lo que sucede en el Parlamento Europeo y a lo que ya ha empezado a ocurrir en el Congreso de los Diputados. Además, teniendo en cuenta que en el Senado existe un elevado número de grupos territoriales dentro de dos grupos parlamentarios, sorprende que tampoco ellos dispongan de un instrumento de este tipo[243]. Para conocer las direcciones de

---

[241] http://www.senado.es/presidente/encuentro_virtual/.

[242] Se advierte un cierto carácter informal, pues es frecuente que el Presidente del Senado tutee a los que envían preguntas.

[243] En el Grupo Parlamentario Popular en el Senado existen 12 grupos territoriales (13 si se hace la consulta a través de la ficha correspondiente al grupo parlamentario, puesto que aparece uno creado sin ningún integrante, debido a las vicisitudes derivadas de la ruptura entre Unión del Pueblo Navarro y el Partido Popular) y 10 en el Grupo Parlamentario Socialista.

ISBN 978-84-694-0081-4

correo electrónico no es posible con consultar la ficha correspondiente a cada grupo parlamentario, sino que hay que acudir al apartado “Directorio” de la web de la institución[244].

El modelo de ficha usado en el Senado, con un formato similar para senadores y grupos parlamentarios, no parece estar pensado para ofrecer datos sobre la posibilidad de disponer de página web o perfiles en redes sociales, siendo de tono marcadamente institucional. Incluso conocer el correo electrónico de un miembro de la cámara no es del todo fácil, puesto que hay que consultar la ficha personal y observar si en su parte inferior aparece un icono que representa este instrumento de comunicación: así se puede obtener la dirección de correo electrónico institucional facilitada por la cámara, aunque no todos los Senadores han aceptado dicha dirección, que –por otra parte- es la única que se muestra en la mencionada ficha[245]. Ciertamente, resulta llamativa esta opción, ya que no facilita precisamente la conexión con los representados. Otro icono parecido, denominado en una ventana digital “Web personal”, indica en esa misma ficha personal de modo parecido si posee este recurso, siendo tres Senadores del grupo parlamentario mayoritario (Popular), cinco del grupo Socialista (una mujer y cuatro hombres), cuatro Senadores del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés y otro más del Grupo Mixto[246]. En concreto, se trata de seis páginas webs y siete blogs, debiendo indicarse que en el caso de los del primer grupo citado se trata de páginas webs, mientras los del tercero son todos blogs. En segundo lugar, tres de las páginas webs ofrecidas son las del partido político y, de las restantes, en una aparece exclusivamente la actividad como Alcalde hasta el punto de no indicar que también es Senador; otra se configura como una “Oficina Virtual de Atención Ciudadana”, mientras

[244] La información se obtiene en un documento a cuyo inicio aparece, sorprendentemente, el nombre de “Directorio telefónico”. Uno de los grupos, el de Senadores Nacionalistas no ofrece ninguna dirección de correo electrónico y los dos grupos mayoritario los únicos que ofrecen son el de una persona de la Secretaría del Secretario General (Grupo Parlamentario Popular en el Senado) o el del Gabinete de Prensa (Grupo Parlamentario Socialista).

[245] Tras un análisis pormenorizado de esas fichas Daniel Torregrosa Martín, en el trabajo que está realizando sobre uso de medios digitales en la actividad política gubernamental y representativa, concluye que hay 15 miembros de la Cámara Alta que no usan ese correo electrónico institucional, lo que supone el 6’08% del total, desagregándose por sexos en 4’82% de Senadoras y 6’88% de Senadores (datos a 8 de noviembre de 2010, 13:47 h). Agradezco a dicho investigador que me haya facilitado esta información, así como la posibilidad de usarla.

[246] Estos datos provienen también del trabajo de Daniel Torregrosa Martín, así como los que están indicados a 30 de noviembre de 2010.

ISBN 978-84-694-0081-4

la tercera resalta la actividad política del Senador correspondiente y no se enfoca sólo a la actividad representativa[247]. En tercer lugar, dos de los blogs configuran incorrectamente la ruta de enlace a los mismos, lo que dificulta su seguimiento, y otros dos conducen a uno que ya ha dejado de usarse, a pesar de lo cual son los que siguen apareciendo en la ficha personal.

Con estos antecedentes, procede analizar lo que muestran las quienes han sido elegidos en la provincia de Málaga y también la de una Senadora designada por la Comunidad Autónoma de Andalucía vinculada a esa circunscripción. En total, son 2 mujeres y 3 hombres: todos ellos disponen de correo electrónico y ninguno de página o blog. Esto, sin embargo, ha de matizarse por cuanto en los blogs de dos los Diputados de esta circunscripción sí aparecen enlaces a los de dos de estos Senadores, una mujer y un hombre del Grupo Parlamentario Socialista que, curiosamente, no los han indicado en su ficha como parlamentarios[248]: de aquí, es fácil deducir que no los usan en relación con su actividad representativa. De hecho, esta conclusión se confirma en parte consultando dichos blogs: en el del parlamentario, para saber que es Senador, hay que entrar en el apartado "+ Sobre mí" del blog y, a continuación, desplegar el perfil completo[249]; mientras el de la parlamentaria muestra claramente que se trata de una página personal[250]. Las entradas escritas en el blog de este Senador tienen la posibilidad de compartirlas a través de Facebook y Twitter, así como el blog cuenta con la posibilidad de suscribirse mediante RSS bien a las entradas, bien a los comentarios.

4. Parlamento de Andalucía

El Parlamento de Andalucía tampoco indica en su página web referencia alguna a las redes sociales, aunque sí a algunos otros recursos de

---

[247] Estas tres últimas son, respectivamente, www.jsedanoalcalde.es, www.luissalvador-ovac.org y www.atares.es.

[248] Son http://emelinafernandez.wordpress.com/ y http://pvillagran.blogspot.com/.

[249] Lo que no se compadece bien con que, en la primera pantalla de ese perfil, se comience indicando que "Mi intención de comunicarme a través de este blog es poner en red mis actividades políticas e institucionales", ya que parece más enfocado a lo siguiente que indica "dar mi opinión personal y subjetiva de los temas que tengo a mi alrededor y que me inquietan y dar a conocer mi modo de entender los asuntos que me inciden". Lo que se resalta en el perfil es la actividad profesional y militancia política.

[250] El nombre ya lo pone de manifiesto: "Bitácora personal de Emelina Fernández". Indica que es Senadora en el apartado "Sobre mí".

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

información como el denominado "Su Parlamento", que permite la personalización de contenidos para quien lo desee a la hora de consultar la página. También existen un sencillo formulario de contacto, la posibilidad de suscripción de contenidos basada en RSS a seis apartados de la página, un glosario de términos parlamentarios fácilmente accesible y, finalmente, una videoteca de las sesiones celebradas[251].

Los grupos parlamentarios disponen de una sección dentro de la página donde han individualizado la información que desean ofrecer y se ha creado un gráfico que reproduce el hemiciclo y permite consultar el nombre y fotografía de cada integrante del correspondiente grupo mismo, así como enlazar a la ficha del parlamentario. Sólo la del grupo mayoritario, el Grupo Parlamentario Socialista, contiene además del número de escaños y nombres del Presidente y Portavoz del Grupo, una dirección de correo electrónico y la dirección de una página web tras el nombre "URL": en estos dos recursos lo que se resulta patente es la conexión con el partido político que ha dado origen al grupo, más que con quienes son representados[252].

El análisis de la ficha personal de cada uno de los 16 parlamentarios de la circunscripción de Málaga permite advertir que todos muestran la dirección de correo institucional que les ofrece el Parlamento de Andalucía. Pero éste es el único dato que aparece en ella en relación a otros recursos TIC's: en definitiva, si los poseen o usan, en principio y según este dato, debe ser al margen o desconectados de la actividad representativa propiamente dicha y, en todo caso, la búsqueda de los mismos debe realizarse fuera de los recursos de información parlamentarios.

Son tres (18'75%) quienes tiene perfiles en redes sociales, una mujer (12'5%) y 2 hombres (25%), y se pueden destacar varios aspectos: los tres poseen perfil en Facebook pero los dos parlamentarios lo tienen cerrado y sólo es abierto el de la parlamentaria que, además, es Alcaldesa de un municipio importante de la provincia, así como Portavoz de su grupo en la cámara autonómica[253]. No obstante, uno de los parlamentarios posee un blog

---

[251] http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-web-parlamento/inicio.do. La videoteca, con el título de "Parlamento en acción" se encuentra en http://video.parlamentodeandalucia.es/video/ds.asp.

[252] El Grupo Parlamentario Socialista indica como dirección de correo una correspondiente al dominio del partido político del que procede y como página ofrece también la de la citada formación (http://www.psoeandalucia.com).

[253] Son http://es-es.facebook.com/miguelangel.ruizortiz (uno de los cuatro hombres elegidos en la lista del Partido Popular), http://www.facebook.com/people/Jose-Antonio-

ISBN 978-84-694-0081-4

que está presente en dicha red a través de la opción grupos, indicando expresamente que se pretende dar a conocer su labor como parlamentario autonómico[254]. Tanto este parlamentario como la parlamentaria, elegidos ambos en las listas presentadas por el Partido Popular, poseen perfil en Twitter y, nuevamente, el primero tiene protegidas sus entradas, siendo públicas sólo las de la segunda[255]. También es procedente señalar que este parlamentario anuncia en su blog su presencia en la red social Tuenti, plataforma que exige entrar en ella para poder verlo.

Es procedente señalar que tres de los electos de la lista presentada por el Partido Socialista Obrero Español han tenido (en un caso) o tienen (en los otros dos) una página en Facebook y no un perfil, cuyo breve contenido corresponde con el que aparece en los artículos de Wikipedia relativos a esas personas: coincide que han formado o forman parte en esta legislatura del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma[256].

5. Ayuntamientos de la provincia de Málaga

En el nivel representativo local se encuentran los Ayuntamientos como órganos representativos y los Alcaldes y Concejales como cargos públicos representativos. Para este trabajo se han usado tres fechas de referencia con la finalidad de poder comparar el uso de las redes sociales en la actividad representativa (agosto de 2009, febrero de 2010 y agosto de 2010). Otro dato de partida es que en la provincia de Málaga existen 101 municipios.

Castro-Roman/1449855130 (el único electo por Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía) y http://www.facebook.com/esperanzaona (una de las cuatro mujeres elegidas en la lista del Partido Popular y cabeza de lista de la candidatura).

[254] Se trata "Parlamento joven. Blog de Miguel Ángel Ruiz Ortiz - Diputado del PP en el Parlamento de Andalucía" (http://miguelangelruiz-pp.blogspot.com/), cuya dirección en la red mencionada es http://www.facebook.com/group.php?gid=52175669444.

[255] Dichos perfiles se encuentran en http://twitter.com/miguelangelruiz y http://twitter.com/esperanzaona.

[256] Las páginas son http://www.facebook.com/pages/Paulino-Plata/110247035663291 y http://www.facebook.com/pages/Luciano-Alonso/107976249231281, mientras los artículos de Wikipedia son http://es.wikipedia.org/wiki/Rosario_Torres, http://es.wikipedia.org/wiki/Paulino_Plata y http://es.wikipedia.org/wiki/Luciano_Alonso.

ISBN 978-84-694-0081-4

5. 1. Los Ayuntamientos de la provincia de Málaga

En primer lugar se prestará atención a Facebook. En agosto de 2009 existían 7 Ayuntamientos con un perfil creado, así como en otros municipios existían perfiles vinculados a formaciones políticas: entre estas, la mayor presencia correspondía al Partido Popular con 8, seguido del Partido Socialista Obrero Español con 7, Juventudes Socialistas de Andalucía con 3, Unión Progreso y Democracia con 2 y otras cuatro formaciones políticas con uno cada una[257]. En el municipio de Málaga lo tenían creado 4 partidos políticos, mientras en Ronda existían 3 y en Fuengirola 2. En febrero de 2010 un Ayuntamiento más había creado perfil en esta red, el Partido Popular había eliminado o desactivado dos y Nuevas Generaciones había creado uno, permaneciendo iguales el resto. La situación es bien diferente en agosto de 2010 por cuanto hay un gran incremento de uso y es pertinente detenerse en el modo en que se ha materializado. Entre los Ayuntamientos que cuentan ahora con perfil hay 6 que han creado uno y otros 6 que han perdido el que tenían, con lo que el número de 8 permanece estabilizado. Entre las formaciones políticas ahora la preeminencia cuantitativa se sitúa en el Partido Socialista Obrero Español, que crea 15 nuevos y no pierde ninguno. A continuación el Partido Popular tiene 10 nuevos y recupera el desactivado en febrero, así como elimina uno de los anteriormente creados. Izquierda Unida elimina el que tenía pero crea 10, mientras Unión Progreso y Democracia también pierde uno de los que tenía aunque crea 5. Aparecen también 4 candidatos para las elecciones de mayo de 2011 que han creado un perfil, 3 por el Partido Popular y 1 en el PSOE, mientras sólo dos Alcaldes de los 101 en ejercicio disponen de perfil en esta red. Las Juventudes Socialistas pierden dos de los perfiles pero crean otros 2 nuevos. Otros elementos destacables son que en el municipio de Benalmádena, caracterizado habitualmente por una gran fragmentación de fuerzas políticas representadas en el Ayuntamiento, hay 7 formaciones políticas con perfil creado.

Contrasta con este panorama el uso de Twitter, por lo escaso que resulta. En efecto, en agosto de 2009 sólo a UPyD y PSOE aparecen perfiles asociados: en 2 municipios para la primera y en uno para el segundo. En febrero de 2010 se aprecian cambios, pues desaparecen los dos vinculados

---

[257] Se trataba de Izquierda Unida y el Partido Andalucista en Málaga y Partido Democrático de Ronda y Ronda Antifascista en el municipio de Ronda: en este último también el Partido Popular tenía el suyo.

ISBN 978-84-694-0081-4

al municipio de Málaga, surgen otros 2 en Antequera y uno en Marbella, respectivamente Juventudes Socialistas de Andalucía, Izquierda Unida y PSOE. Finalmente, en agosto de 2010 no existe ninguno de los anteriores y sólo hay un perfil creado en Marbella asociado a la participación política[258].

Una red que se posiciona con fuerza en esta provincia es Tuenti, que hasta el momento no había sido mencionada en este trabajo y esto ocurre tanto a nivel institucional, como a nivel de actividad política. Algo novedoso es que ya en agosto de 2009 existían 9 perfiles en ella de Concejalías o Áreas de Juventud de otros tantos Ayuntamientos de municipios de la provincia, que se ven incrementados en 7 en febrero de 2010 y, a partir de ese momento, se estabilizan puesto que en agosto de 2010 sólo hay uno más creado. Donde se produce un cambio más llamativo es en los perfiles de carácter político: de un lado, en agosto de 2009, hay 4 perfiles de Juventudes Socialistas de Andalucía, incrementados en uno en febrero de 2010, mientras hay 3 de Nuevas Generaciones del Partido Popular y uno de Jóvenes del mismo partido y sólo existe un perfil asociado a un partido, PSOE, en agosto de 2009 y que desaparece en febrero de 2010. A partir de ese momento, se produce lo que puede considerarse una explosión en el uso de esta red, por cuanto en agosto de 2010 Nuevas Generaciones tiene creados 30 perfiles nuevos y existen 2 más con el nombre de Populares, mientras también Juventudes Socialistas tiene 12 nuevos e Izquierda Unida cuenta con 3. Queda claro, con estos datos, que se han estabilizado los perfiles institucionales, mientras han aumentado mucho los políticos.

5. 2. El Ayuntamiento de Málaga

En la página web del Ayuntamiento de Málaga no aparecen referencias a las redes sociales en los apartados que indican quiénes son los componentes del Pleno de la corporación o los grupos políticos que la forman. En dicha página sí existe un apartado denominado “La web del Alcalde”, aunque no existe algo similar para el resto de integrantes del Ayuntamiento: de hecho, la información que proporcionan las secciones correspondientes a los grupos políticos existentes son pobres incluso en los recursos tecnológicos más frecuentes, pues ninguna indica página web y sólo una, la relativa al más pequeño de los dos grupos que forman la oposición, indica una dirección de correo electrónico.

[258] Se trata de Socialistas por Marbella.

ISBN 978-84-694-0081-4

En relación a este órgano de gobierno y administración se aprecia la incidencia de las elecciones previstas para la primavera del año 2011: el Alcalde de la ciudad, que se presenta como candidato de nuevo, ha adquirido presencia -en el último trimestre del año 2010- en redes sociales para estos meses de larga precampaña electoral. En Facebook se ha optado por una página y en Twitter por un perfil, ya que, en realidad, son las entradas escritas en esta red social las que se reflejan en el Muro de la primera[259]. Destaca la conexión con el proceso electoral, tanto por el momento en que se ha originado esta actividad, el tono pretendidamente informal en la denominación y la dirección web mostrada en la Biografía del perfil en Twitter[260].

6. Conclusiones

Además de los puntos que se han ido señalando al hilo del examen de los diversos órganos representativos que se han tratado en este trabajo, hay aspectos que resultan más relevantes en orden a indicar algunas conclusiones. Uno de ellos es la necesidad de elaborar un directorio real de recursos tecnológicos –blogs, páginas webs, perfiles en redes sociales- usados por los representantes que integran dichos órganos: como se ha ido poniendo de relieve, algunos de esas instituciones representativas no los contemplan o, si lo hacen, no están exentos de errores, omisiones, faltas de actualizaciones o dificultades a la hora de encontrarlos. Ciertamente, una parte importante de esta situación es responsabilidad directa de los propios representantes, que no los ponen al día o no los utilizan adecuadamente.

Otro aspecto que debe destacarse en el uso que se hace de estos instrumentos es que se privilegia más la que se ha llamado “cultura de la adhesión” que un verdadero intercambio de opiniones, de recepción de planteamientos de quienes son representados, con la progresiva falta de

---

[259] Como se advierte en http://www.facebook.com/pages/Paco-de-la-Torre/117667301628711 y http://twitter.com/pacodelatorrep, respectivamente. Resulta característico que todas las entradas en la segunda provienen vía BlackBerry,

[260] Se crearon estos recursos en el acto llamado “Convención tecnológica del Partido Popular de Málaga” celebrada a las puertas de una conocida gran superficie el día 5 de noviembre de 2010. Es la página web que su formación política ha creado para recoger propuestas dirigidas a formar parte del programa electoral de ese candidato (http://www.juntoshacemosciudad.com/). Es la página web que su formación política ha creado para recoger propuestas dirigidas a formar parte del programa electoral de ese candidato (http://www.juntoshacemosciudad.com/).

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

enriquecimiento de la relación representativa. En muchos casos, interesa más la comunicación unívoca del representante hacia los representados, quizás con la loable intención de dar a conocer la tarea realizada, o se nota la falta de una estrategia representativa, configurándose más bien estos recursos como otro modo de intentar hacer llegar las opiniones -políticas o de otra índole- de quienes ejercen tareas representativas al margen o descontando las mismas. Eso no contribuye, precisamente, a la mayor calidad de la relación representativa, sino que viene a ser más una prolongación o una preparación de la relación electoral, desmereciendo –incluso- de las funciones sociales que se suelen atribuir a estos recursos.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

VII. "Youtube": las grabaciones entre diputados y el orden en la Cámara

Javier Guillem Carrau

Letrado de las Cortes Valencianas. Dr. en Derecho

Resumen:

Se realiza una reflexión sobre internet y la actividad parlamentaria así como el uso político de la plataforma "Youtube". A partir de una experiencia real, el estudio analiza la grabación de diputados de la oposición en sesiones parlamentarias y su disposición en "Youtube" para su uso político partidista. Desde la perspectiva jurídica se afecta la disciplina parlamentaria así como los derechos fundamentales de los propios afectados.

Palabras clave: *Youtube, democracia electrónica, disciplina parlamentaria, internet, privacidad, acción política*.

1. Planteamiento de la cuestión

Recientemente un periódico de ámbito provincial se hacía eco de un altercado del orden en el Pleno de las Cortes Valencianas bajo el siguiente titular " *Los diputados de las Corts no son la Pantoja pero el uso de las redes sociales como nuevo campo de batalla política ha llevado a algunos a ponerse en guardia*".

Esta situación, la de los diputados grabándose entre si para colgar inmediatamente en youtube las intervenciones o determinadas posturas o reuniones de otros compañeros de la Cámara durante las reuniones de Pleno o de Comisión tiene diversos prismas de análisis.

Por un lado, está claro que dichas situaciones tienen su vertiente en el límite de la cortesía parlamentaria y la disciplina en la sala y, por otro, parece evidente que también refleja un aspecto, hasta ahora, probablemente

inaudito en el ámbito de las Cámaras legislativas, que es plantearse el derecho a la intimidad en la propia sala de reuniones.

De todos estos aspectos, interesa en este artículo revisar el enfoque, desde el punto de vista del orden parlamentario, de esta situación nueva ejemplo de la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en todos los ámbitos de nuestra vida social e institucional.

2. La polémica eventual grabación

La *petit histoire* que esconde detarás el titular de periódico citado en el planteamiento de esta cuestión arranca en el escrito de queja que una diputada presentó ante la Mesa de las Corts por la "presunta" grabación de su intervención, mediante un teléfono móvil de última generación, por parte una parlamentaria de otro grupo parlamentario durante el debate de la Ley de presupuestos autonómica para 2011 en el Pleno de Les Corts.

La parlamentaria advertía en su escrito de las consecuencias legales sobre la difusión de imágenes suyas que ella no autorizado, al tiempo que pedía a las Corts que tomen medidas para evitar estas situaciones en el futuro. El incidente se enmarca en la cada vez más frecuente utilización de imágenes de los adversarios políticos para ponerlos en evidencia en plataformas como "Youtube" utilizando bien la señal oficial emitida por la Cámara parlamentaria o grabaciones de carácter particular realizadas por terceros o por ellos mismos.

Dejando al margen de este comentario la cuestión de los supuestos derechos derivados de la utilización de la imagen de alguien sin su autorización cuando se encuentra en un lugar público, que no parece tener trascendencia jurídica alguna, en este caso, la peculiaridad radica en que la grabación puede haber sido ha sido realizada por un diputado y en el curso de la sesión plenaria, pudiendo afectar al orden de la misma.

3. “Youtube” y acción política

Como detecta en su día Martín Mateo Internet posibilita organizar movimientos de opinión, reacciones populares ante acontecimientos, campañas de sensibilización, debates múltiples, todo ello compatible con el

ISBN 978-84-694-0081-4

sistema de partidos y la democracia representativa[261]. En este sentido, se constata que la interacción y los cambios en los sistemas democráticos por la aplicación de las TICs ha dado a luz nuevos términos como E-Democracia, teledemocracia, ciberdemocracia, democracia digital y wikigovernment[262].

El almacen de vídeos cortos, identificado como Youtube, se ha convertido en un nuevo espacio de debate público, donde se puede encontrar gran número de vídeos y los comentarios consiguientes a favor y en contra. También encontramos rastros de acción política en otros útiles de la red como son el twitter, los web-logs o blogs, los E-forums, que son protagonistas sustanciales de las últimas campañas electorales y de las actividades relacionadas con la gestión de lo público en general[263].

En este sentido, señalaba Cotino la evolución y el uso real y actual de la red obliga a que cualquier referencia a participación y democracia electrónicas no eluda la realidad del uso ciudadano y participativo de la red en la llamada web 2.0 o web social o, en un futuro casi inmediato, la realidad virtual del web 3.0.[264]

Internet representa a los nuevos espacios de opinión y participación ciudadana que se encuentran en la línea de los principios de participación y

---

[261] MARTIN MATEO, R.(1998): «Democracia directa, democracia virtual» en Corts. Anuario de Derecho Parlamentario, Corts Valencianes, núm. 6 extraord, p. 291.

[262] Entre otros, véase: COTINO HUESO, L.(2007): “Retos jurídicos y carencias normativas de la democracia y la participación electrónicas” en Revista catalana de Dret públic, nº 35, p. 75-120; NOVECK, B:S. (2009): Wikigovernment, Brookings Institution Press, Washington DC.; SMITH, C. Y WEBSTER, C.W.R. (2007): *“The emergent ICT culture of Parliamentarians: The case of the Scottish Parliament*”, comunicación a EGPA Annual Conference, Madrid, disponible en http://egpa2007.inap.map.es/egpa2007/

[263] GUILLEM CARRAU, J.: (2008) «Apuntes y consideraciones jurídicas sobre los retos tecnológicos de los Parlamentos» en Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm. 18, 2008, pgs. 57-81

[264] Op. cit.

ISBN 978-84-694-0081-4

transparencia de las políticas públicas de la OCDE[265] y la UNESCO[266], así como por la Unión Europea[267].

3. 1 Internet y la actividad parlamentaria

La actividad parlamentaria, en Pleno y Comisión, hoy en día es retrasmitida con señal oficial de los parlamentos (la llamada "mosca") a través de las aplicaciones informáticas correspondientes de los sitios web las Asambleas Legislativas. Aunque algún Reglamento parlamentario de reciente revisión ha proclamado que la página web es una publicación oficial de la Cámara, es necesario reconocer el carácter meramente informativo y limitado de las páginas de internet parlamentarias, que funcionan en la mayoría de los casos a modo de tablón de anuncios. En este caso, en la mayoría de los casos se emplea el espacio web en el suministro de información y renunciando la potencial interactividad ante las demandas o necesidades del usuario. Estos sitios web deberían ser objeto de análisis sobre la base de los criterios de información disponible, interactividad bilateral y multilateral, y accesibilidad o *amabilidad* hacia el usuario del entorno web de cada Cámara.

3. 2. Internet y la acción política

En la acción política en sentido amplio, los contendientes del proceso electoral emplean la web como instrumento participativo, como web 2.0, en la que la colaboración cobra el principal protagonismo en lo que se viene a denominar una "*web participativa*". En este contexto, es necesario reconocer que la incorporación de Internet a la actividad de los partidos políticos y a las

---

[265] La OCDE publicó en 2004 "La administración electrónica: Un imperativo", donde resalta los ahorros que la administración electrónica puede generar al permitirles aumentar su eficacia. Véase: OCDE (2003): *The E-Government imperative,* disponible en http://webdomino1.oecd.org/COMNET/PUM/egovproweb.nsf/viewHtml/index/$FILE/EGovernment%20Imperative%20Final().pdf

[266] La UNESCO ha sugerido a la comunidad internacional que tome las medidas necesarias para reconocer y fomentar como "Derecho humano fundamental, el acceso a las redes de comunicaciones y servicios telemáticos"(vid. Programa Intergubernamental de Comunicaciones, UNESCO).

[267] Junto al Libro Blanco de la gobernanza, en este ámbito, es de gran interés que, en el Libro verde sobre la información del sector público, se realizó una clasificación de lo que llamaba "servicios del gobierno electrónico" [COMISIÓN EUROPEA (1998): "La información del sector público: un recurso clave para Europa. Libro verde sobre la información del sector público". COM(1998) 585.]

ISBN 978-84-694-0081-4

campañas electorales no estaba contemplada en la legislación electoral vigente, con lo que se complicaba significativamente la tarea de las Juntas Electorales en los procesos de su competencia como es el caso de la atención de quejas y reclamaciones por usos y abusos en la red[268].

Destaca la doctrina que es discutible si la simple adición de las TICs a las estructuras de gobernación existentes producirá de facto una sociedad más abierta y responsable, incluso admitiendo que se pueda superar la divisoria digital, o una e-democracia más participativa[269].

Aplicado al caso de la acción política, toda estrategia de participación, pese a los esfuerzos de planificación y de preparación, presenta desafíos que no sólo el empleo de las TICs son capaces de resolver porque se convierten en espadas de doble filo. Como la mayoría de los asuntos de comunicación y de información, el desarrollo de las TICs exige opciones políticas reales y estrategias de implementación firmes, diseñadas para maximizar beneficios y minimizar los resultados negativos.

En todo caso, esta nueva realidad participativa supone la búsqueda de nuevas comunicaciones entre representantes y representados que tiene necesariamente que reportar, al extender la participación, la ampliación y enriquecimiento del debate político y aumentar la participación de los electores.

En definitiva, las luces y las sombras se ciernen por igual sobre el futuro del empleo de las nuevas tecnologías en los ámbitos parlamentarios y políticos. El incidente de la eventual grabación de los diputados entre si en el Pleno y posterior “cuelgue” en youtube” no deja de ser una situación que, como se analiza a continuación, debe interpretarse con el prisma del orden y

---

[268]Como reconocía la Junta Electoral Central en su Instrucción 4/2007, “…el vertiginoso desarrollo que las tecnologías de la información y de la comunicación han tenido desde la aprobación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, es un hecho bien contrastado. En algunos recientes procesos electorales se han producido distintos incidentes por la utilización de este tipo de instrumentos que las Juntas Electorales han resuelto en función de las circunstancias concurrentes. No obstante, resulta conveniente recordar con carácter general que las limitaciones establecidas por la legislación electoral son también aplicables al uso de este tipo de medios electrónicos” Instrucción 4/2007, de 12 de abril, de la Junta Electoral Central, sobre la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación electrónicas como instrumento de propaganda electoral, BOE, núm. 94, de 19 de abril de 2007

[269] MILLARD, J.: “Las TIC y la gobernación”, *The IPTS Report*, nº 85, julio 2004, disponible en www.jrc.es/home/report/spanish/articles/vol85/ICT3S856.htm; REMENYI, D. Y WILSON, D.: “e-Democracy: an “e”…, p. 98.

ISBN 978-84-694-0081-4

de la disciplina parlamentaria como fundamento del buen funcionamiento de las Asambleas Legislativas.

4. El orden y la disciplina parlamentaria como fundamento del buen funcionamiento de las Cámaras

La cuestión del orden y la disciplina parlamentaria, como señala la doctrina, es un tema principal y de gran trascendencia en los Parlamentos. Hoy en día, la ausencia de orden y disciplina en una Cámara parlamentaria, o la falta puntual de ambos, impide un desarrollo correcto de las funciones que le son propias y exhibe a la sociedad una imagen devaluada de la Institución parlamentaria. En este sentido, la falta de orden contribuye a dar alas en la opinión pública a quienes creen que la tan señalada crisis del parlamentarismo tiene su base en la incapacidad de las Asambleas Legislativas modernas de responder a los desafíos de nuestro tiempo[270].

Como señala Torres Muro resulta evidente que corresponde controlar los comportamientos que dañen los fundamentos de la vida parlamentaria pero también lo es que la Cámara debe constituir, para alcanzar sus fines, un vehículo de expresión de los conflictos sociales[271].

Por ello, el contenido de sus reuniones, siendo público, es accesible a la ciudadanía a través de imágenes elaboradas por funcionarios de carrera, que se distingan con el signo identificativo llamado “mosca”, en las que las diversas intervenciones, manifiestaciones y gestos de nuestros representantes sean “pescados” desde los principios de independencia y neutralidad que se presumen como estandar ético del funcionario parlamentario.

La doctrina clásica afirma la necesidad de compaginar “la seriedad y la tolerancia”y, actualmente, este balance debe interpretarse en el contexto también del uso de las nuevas tecnologías por sus señorías[272]. La grabación por sus señorías a través de sus móviles de situaciones de pleno y comisión no deja de ser una acción política derivada de las TICs que, por su

---

270 TORRES MURO, A.: “La disciplina parlamentaria: una introducción” en Derecho Parlamentario Sancionador. Instituciones de Derecho Parlamentario, V. Parlamento vasco 2005, p. 19-54

271 Op cit.

272 MORHOFF, Tratatto di Diritto e procedura parlamentare, Roma, 1948.

ISBN 978-84-694-0081-4

naturaleza, será partidista y, como el resto de actuaciones de sus señorías, deberá ser examinada a la luz de los principios de orden parlamentario para el correcto desarrollo de las sesiones de las Cámaras.

Históricamente, a medida que se hacen presentes en el Parlamento estos conflictos sociales, el orden y el sistema de disciplina parlamentaria se va perfilando y concentra en la figura del Presidente la responsabilidad del mantenimiento del mismo. Asimismo, los sistemas de disciplina y orden parlamentario se configuran de forma paralela al reconocimiento y protección de los derechos y las prerrogativas del Estatuto del diputado garantizando su desarrollo y garantía, siendo el régimen disciplinario interno de la Cámara el único límite o excepción a la inviolabilidad que protege a los parlamentarios[273].

No obstante, apunta Torres Muro en su comentario a la STC 136/1989 que la autonomía parlamentaria no puede servir de patente de corso para justificar abusos que, dada la realidad de las Cámaras de nuestros días, pueden intentar revestir de actos de aplicación del Reglamento a meras arbitrariedades, producto de la lucha mayorías-minorías y del lógico dominio de las primeras sobre los órganos de gobierno de las Cámaras[274].

5. El orden y la disciplina parlamentaria como garante del Estatuto del diputado:

El bien a proteger con el orden y la disciplina parlamentaria es el libre ejercicio de los derechos y facultades de los parlamentarios y de la Cámara mediante la creación de un estado de cosas en que la Cámara pueda ejercitar con máxima eficacia sus funciones legislativa, presupuestaria y de control. En este contexto, la Asamblea Legislativa constituye el principal foro de debate político de un territorio[275].

---

[273] Entre otros, veáse: GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: “Límites de la disciplina parlamentaria: derecho parlamentario sancionador y derecho penal “ en Derecho Parlamentario Sancionador. Instituciones de Derecho Parlamentario, V. Parlamento vasco 2005, p. 55-68, MANCISIDOR ARTARAZ, E.: “La prerrogativa constitucional de la inviolabilidad parlamentaria”, IVAP, Gobierno Vasco, 2009..

[274] TORRES MURO, A. (1990): “La disciplina parlamentaria ante el TC” en REDC, nº 28, p. 207 y ss.

[275] GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: “Límites de la disciplina…,p. 63.

ISBN 978-84-694-0081-4

En este sentido, se propone distinguir entre los elementos que definen el diseño necesario de un sistema de orden parlamentario, que debe reunir una serie de requisitos para garantizar su propia eficacia- la definición de derechos y deberes, la identificación de quién es responsable de arbitrar conflictos y las sanciones correspondientes a cada infracción-, y aquellos elementos que corresponden a las propias señorías, individualmente consideradas, que deberán respetar las reglas del citado sistema.

5. 1. Elementos del sistema de orden y disciplina parlamentario

Varias teorías justifican el sistema de orden y disciplina parlamentaria en la capacidad de autoorganización de los Parlamentos, consagrada por el Tribunal Constitucional. En este sentido, el sistema desarrollado nunca podrá atentar los derechos fundamentales desde el momento en que el trabajo parlamentario de los diputados y senadores se sitúa en relación de sujeción especial, de la que surgen derechos y deberes específicos (entre otras, STC 169/1995).

La doctrina viene a coincidir en señalar una serie de principios que deben inspirar cualquier sistema de orden y disciplina parlamentaria entre los que se destacan el principio de legalidad junto a la protección de las minorías, el máximo consenso posible en su definición, y el principio de control interno y externo[276].

En varios supuestos el Tribunal Constitucional ha entrado a examinar asuntos relacionados con la disciplina parlamentaria (entre otras, las SSTC 169/1995, 136/1989, 42/1987, 159/86). La doctrina desarrollada por el Alto Tribunal incide en la ineludible aplicación del artículo 25.1 de la Constitución por lo que es necesaria la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, aplicando el principio de legalidad en sentido material – tipificación previa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes- y en formal – reserva de ley en materia sancionadora (SSTC 61/1990, 60/2000, 25/2002 y 113/2002). Con respecto a la coincidencia de los tipos de algunas infracciones parlamentarias con delitos o faltas del Código Penal, permite afirmar, al igual que ha hecho el TC en el ámbito administrativo, que el alcance de la reserva de ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en

[276] TORRES MURO, A.: “La disciplina parlamentaria.., p. 22.

ISBN 978-84-694-0081-4

sentido estricto; y ello tanto por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, como por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en determinadas materias, o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad (STC 42/1987)[277].

Asimismo, se ha entendido que el incumplimiento por parte de unos parlamentarios de tareas explícitamente consideradas en el Reglamento como deberes propios del cargo es causa razonable para una sanción disciplinaria (ATC 1227/83).

En la práctica parlamentaria autonómica se han diseñado sistemas de orden y disciplina muy similares siguiendo el patrón establecido por el Reglamento del Congreso de los Diputados (Sarmiento 2006, p. 4). Así en el Título relativo al Estatuto del diputado se definen los deberes de los parlamentarios y en el Título dedicado al funcionamiento de las Cámaras se inserta un capítulo sobre disciplina parlamentaria, que se encuentra dividido en tres secciones (sanciones por incumplimiento de deberes, llamadas a la cuestión y al orden y el orden dentro del recinto parlamentario).

En este ámbito, la Presidencia de la Cámara se configura, por un lado, en garante de los derechos y prerrogativas de los parlamentarios mediante la guarda del orden en las sesiones debiendo reaccionar contra los promotores de los desordenes grave y sancionarles inmediatamente (STC 136/1989) sin que quepa la consideración conjunta de hechos actuales y hechos pretéritos (STC 169/1995) y, por otro, en garante de la disciplina de los mismos en el recinto parlamentario, que abarca toda dependencia parlamentaria incluso la propia página web[278].

En conclusión, estos sistemas muestran, además de una estructura similar, unas carencias comunes como son la falta de tipificación de las infracciones en el ámbito parlamentario, la ausencia de un procedimiento sancionador en el que se de audiencia al interesado y se separe la instrucción de la adopción de la decisión sancionadora y las lagunas respecto

[277] GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "Límites de la disciplina…, p. 60

[278] Aunque esto último no es pacífico para la doctrina. Veáse, las opiniones encontradas de Sarmiento (SARMIENTO MÉNDEZ, J.A.: (2006): "El orden en la sede parlamentaria autonómica y su protección: Aspectos reglamentarios y penales en el Derecho español". *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num. 16/2006 (Estudio*). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2006.) y de Fernández Rodríguez (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en su trabajo: «El orden en las sesiones y en el recinto parlamentario». Derecho Parlamentario Sancionador. Instituciones de Derecho Parlamentario, V. Parlamento vasco 2005, p.165).

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

a lo que parte de la doctrina define como abusos de la inviolabilidad. Otra peculiaridad es la constatación de la posible coincidencia entre infracciones parlamentarias y delitos en casos como el quebrantamiento del deber de secreto, la desobediencia frente a la orden de expulsión, las conductas de prevalerse del cargo, las agresiones, las amenazas, etc.

5. 2. Los límites del orden como garantía: abusos de inviolabilidad

Las prerrogativas del diputado no son una licencia para todo tipo de actuaciones. Este reconocimiento deberá corresponderse evitando en todo momento un ejercicio abusivo de las mismas que ponga en tela de juicio su naturaleza y la practicidad del propio sistema de orden parlamentario.

En la Cámara, se producen gran número de conflictos cuyos protagonistas son los propios representantes políticos. En el fragor de los debates parlamentarios, gran número de situaciones lindan los márgenes de la cortesía debida

Conviene mencionar lo que una parte de la doctrina llama “abusos de la inviolabilidad”, como forma de referirse a determinados excesos en el uso de la libertad de expresión en el ámbito parlamentario, como, por ejemplo, las llamadas a la violencia, las apologías de delitos o de sus autores y las calumnias realizadas en sesiones públicas. Estos abusos o excesos podrían tener relevancia penal y correspondería, con carácter general, en su caso, a la Mesa de las Instituciones parlamentarias determinar, como señala la doctrina, en qué momento la barrera de la inviolabilidad ha sido superada y, por lo tanto, deja de tener vigencia la prerrogativa[279]. En este sentido, el TC ha señalado que las prerrogativas parlamentarias, al ser excepciones al derecho común conectadas a una función parlamentaria, han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros (STC 51/1985)[280].

En el conflicto generado en relación con la cuestión que nos ocupa, las eventuales grabaciones entre diputados para su posterior cuelgue en internet, a través de plataformas como youtube, parte de los afectados han

[279] Véase al respecto: MANCISIDOR ARTARAZ, E.: “La prerrogativa constitucional de …, p. 113.

[280] GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: “Límites de la disciplina…, p. 65

ISBN 978-84-694-0081-4

descrito la situación como un abuso por parte de las señorías que eventualmente grababan de su condición de diputados.

Como apunta Mancisidor no parece haber ningún inconveniente para entender que las manifestaciones o el empleo de medios no convencionales queden protegidos por la inviolabilidad parlamentaria (exhibición de carteles, monederos, zapatos, cánticos, camisetas, …). Este tipo de actuaciones no convencionales, al margen de los turnos de palabra y de la expresión del voto, suelen ser objeto de las medidas de orden y disciplina que adopte la Presidencia de la sesión[281].

Es cierto que este conjunto de actuaciones en Sala, muchos de ellos no convencionales aunque frecuentes, pueden tener trascendencia en el desarrollo ordenado de la sesión parlamentaria. Quizás sea este el contexto en el que encuadrar el supuesto de hecho que da lugar a este comentario, el de las grabaciones mutuas con dispositivos de móvil para "colgar" en Youtube.

Correspondería, como se ha dicho, a las Presidencias de las Cámaras analizar en el mismo instante en el que se produjeran los hechos si las citadas actuaciones pueden ser constitutivas de incumplimiento de los deberes propios de la condición de diputado, en particular del deber de cortesía, recogido en la mayoría de los reglamentos parlamentarios[282].

A la vista de las redacciones reglamentarias actuales, resulta difícil encuadrar estas acciones en los genéricos deberes de evitar "toda clase de perturbación y desorden", "las acusaciones y recriminaciones entre ellos", "las expresiones inconvenientes para el decoro de la Cámara", "las interrupciones al orador sin autorización del Presidente", "el exceso en el uso

---

[281] MANCISIDOR ARTARAZ, E.: "La prerrogativa constitucional de…, p.13.

[282] Artículo 16 del Reglamento del Congreso de los Diputados y, en consonancia, el artículo 14 del Reglamento del Parlamento de Andalucía; artículo 20 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias; artículo 17 del Reglamento del Parlamento de Cantabria; artículo 13 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León; artículos 19 y 98 del Reglamento de Les Corts Valencianes; artículo 29 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura; artículo 18 del Reglamento del Parlament de Les Illes Balears; artículos 26, 33, 135, 137 y 138 del Reglamento de la Asamblea de Madrid; artículo 22 del Reglamento del Parlamento de Navarra; artículo 16 del Reglamento de las Cortes de Aragón; artículo 16 del Reglamento del Parlamento de Canarias; artículo 19 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha; artículo 16 del Reglamento del Parlament de Catalunya; artículo 16 del Reglamento del Parlamento de Galicia; artículo 17 del Reglamento del Parlamento de La Rioja; artículo 17 del Reglamento de la Asamblea de Murcia; y artículo 18 del Reglamento del Parlamento Vasco

ISBN 978-84-694-0081-4

de la palabra", "la obstrucción de los trabajos parlamentarios" y "la interrupción deliberada del curso de los debates"[283].

Por ello, sería complicado articular cualquier tipo de actuación correctora de dichas grabaciones más allá de las llamadas al orden o las sanciones impuestas de plano por la Presidencia durante el desarrollo de los debates parlamentarios en Pleno o en Comisión, que se recogen en algún caso como sanciones ante el incumplimiento de la cortesía[284].

En su defecto, para la eventual eficacia de la sanción la cuestión debería pasar por reformar los Reglamentos parlamentarios para incluir, si se considera adecuado este tipo de conductas, entre las que sus señorías deberían evitar en las salas de reuniones. No obstante, como hemos afirmado, hay que plantearse si no resultaría excesiva la expulsión y la suspensión en el acto de los derechos parlamentarios del diputado por este tipo de actuación que, en ningún caso, parece constituir "… desorden grave, de obra o de palabra."

6. Conclusiones

La grabación por sus señorías a través de sus móviles de situaciones de pleno y comisión no deja de ser una acción política derivada de las TICs que, por su naturaleza, será partidista y, como el resto de actuaciones de sus señorías, deberá ser examinada a la luz de los principios de orden parlamentario para el correcto desarrollo de las sesiones de las Cámaras.

El sistema de orden y disciplina establecido en los Reglamentos parlamentarios descansa sobre el principio de legalidad, en cuanto aparecen en el Reglamento parlamentario un conjunto de disposiciones que contienen una serie de actos definidos como infracciones, así como unas sanciones atribuibles a los responsables de dichos actos.

La interpretación de este sistema debe realizarse teniendo en cuenta los principios que el Tribunal Constitucional ha establecido para todo procedimiento sancionador, así como de conformidad a las precauciones

[283] Como ejemplo, véase la redacción de los artículos 15 a 20 del Reglamento de las Cortes Valencianas dedicados al sistema disciplinario descansa sobre el incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de diputado.

[284] Véase los artículos 19 y 98 del Reglamento de las Cortes Valencianas o

ISBN 978-84-694-0081-4

que, respecto a los sistemas disciplinarios de los Reglamentos parlamentarios, se han formulado por el propio Tribunal y por la doctrina al interpretar los pronunciamientos del mismo.

Es evidente que este sistema no contempla expresamente como alteración del orden parlamentario la acción de los diputados que se graban con sus propios teléfonos móviles entre si para colgar inmediatamente en youtube las intervenciones de sus adversarios políticos o determinadas posturas o reuniones de otros compañeros de la Cámara durante las reuniones de Pleno o de Comisión.

No se puede afirmar tampoco que se trate de abusos de inviolabilidad pero si que puede afectar los códigos de cortesía parlamentaria y, habitualmente, afecta el orden en la sala de reunión sobre todo si se sobrepasan los límites de la acción política y ésta avanza en el ámbito de lo estrictamente personal en el sentido descrito en este artículo.

De todos estos aspectos, hay que destacar que esta situación nueva derivada de la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en todos los ámbitos de nuestra vida social e institucional pone de manifiesto que la viveza de las Cámaras parlamentarias que viven los signos de sus tiempos, con sus oportunidades y con sus riesgos.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

TERCERO. LOS LÍMITES DEL 2.0 A JUICIO DE ACTIVISTAS DE LA POLÍTICICA Y SOCIAL 2.0

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

En este tercer grupo, se incluyen las contribuciones de nueve reconocidos actores de la política y social 2.0 en su reflexión sobre las materias de interés. Se incluyen los siguientes contenidos:

1. Manifiesto colectivo: a modo de introducción, por los autores de este capítulo.
2. “No preguntes. No digas”, por Albert Medrán - albertmedran.com - @medri
3. “La espiral del silencio, los movimientos sociales y la web 2.0”, por Guillem López-Bonafont - proxim-it.blogspot.com - @glbonafont
4. “Las relaciones políticas online y el ruido en campaña”, por Xavier Peytibi - xavierpeytibi.com - @xpeytibi
5. “Las campañas son otro 2.0”, por Edgar Rovira - edgarrovira.com/blog - @erovira
6. “Administración 2.0, ¿tecnología o actitud?”, por Carlos Guadián - k-government.com - @carlosguadian
7. “Internet crea nuevos límites”, por Jorge Galindo - jorgegalindo.es/blog - @JorgeGalindo
8. “El límite del 2.0 en la acción y el activismo social y político”, por José Rodríguez - joserodriguez.info/bloc - @trinitro
9. “Redes paralelas: internet como agente de separación”, por Roger Senserrich - lorem-ipsum.es/blogs/materiasgrises - @egocrata

ISBN 978-84-694-0081-4

I. Manifiesto colectivo: a modo de introducción

Albert Medrán

Guillem López

Xavier Peytibi

Edgar Rovira

Carlos Guadián

Jorge Galindo

José Rodríguez

Roger Senserrich

(autores de este capítulo)

En los últimos años hemos observado como el fenómeno de la política 2.0 iba adquiriendo peso en los debates que se producen en las redes y fuera de ellas. Para algunos, el activismo político y social 2.0 abría una oportunidad y auguraba una transformación de la política tal y como la conocíamos. Parecía que se rompían los paradigmas de verticalidad y control central de las organizaciones políticas, de la construcción del mensaje político y el dominio de la agenda.

No cabe duda de que ha habido logros. Nadie puede negar que crece la desintermediación de la relación entre políticos y ciudadanía; aumenta la posibilidad de debates cruzados entre activistas de distintos colores con un creciente peso de la argumentación sobre el eslogan; y, en general, se ha abierto un espacio para un mayor protagonismo del ciudadano, del individuo a la hora de producir debates y construir liderazgos de opinión que escapan al control centralizado y vertical de las organizaciones clásicas.

Puede parecer que estos logros nos abren una nueva forma de acción política y social, pero ¿es tan brillante el escenario del activismo político y social 2.0? ¿Internet ha hecho obsoletas las organizaciones e instituciones políticas a la hora de realizar cambios en la sociedad?

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

Porque la realidad es contundente y tozuda: al igual que los logros enumerados, resulta igualmente difícil contradecir el hecho de que el activismo en la red por sí solo es estéril y no es capaz de conseguir cambios ni transformaciones sin una acción “fuera de la red” en muchas ocasiones dependiente de alguna de estas organizaciones o instituciones clásicas. Se puede comprobar fácilmente cómo parte del debate y la estrategia política en la red está aportando confrontación, con las organizaciones políticas intentando imponer su estructura vertical y su mensaje centralizado en las redes sociales, haciendo que parte de la conversación política en la red sea un mero cruce de eslogans. Entonces resulta que ese gran debate colectivo de ideas no se produce con la horizontalidad que se había anunciado: la red no es una gran ágora, sino un conjunto de habitaciones ideológicas con estrechos pasillos poco poblados donde interaccionar.

La serie de artículos que acompañan a este manifiesto acude a los extremos en los que los logros se han estrellado contra las paredes y se han visto colapsados en esos estrechos pasillos. Su objetivo es profundizar en los límites del activismo político y social 2.0, de las transformaciones anunciadas y de las expectativas generadas.

Los autores de estos artículos somos actores de esta acción política y social 2.0: creemos en ella, trabajamos en ella y estamos comprometidos en su divulgación, asumiendo sus éxitos y luchando por lograr otros. Pero, para conseguirlo, pensamos que lo primero es ser conscientes de que el alba de la nueva era tiene sus zonas oscuras. Conocer esos límites, saber que internet no nos proporciona una varita mágica capaz de resolver todos los problemas, es lo que realmente hará crecer nuestra capacidad de utilizar la red para hacer de la política un mejor instrumento de cambio.

ISBN 978-84-694-0081-4

No preguntes. No digas

Albert Medrán

albertmedran.com

@medri

Nos quieren tontos. Callados. Sumisos. Cuanto menos sepamos, mejor. Cuanto menos digamos, mejor. ¿Por qué razón los ciudadanos deberían husmear en sus asuntos? ¿A santo de qué debemos tener acceso a información? ¿En qué momento tuvieron que preocuparse por su modo de contar las cosas? Nos rodean miles de Humphrey Appleby, el secretario permanente del ministerio de la serie “Sí, ministro”. En administraciones, en partidos… y en empresas.

Personas que harían propias las palabras del personaje televisivo: "*If people don't know what you're doing, they don't know what you're doing wrong*". Mejor callar, mejor dejar que nadie sepa. Esos Sir Humphrey contemporáneos no llevan trajes de Saville Road ni una extensa carrera de servicio en un ministerio. Los hay, pero son los menos. Los nuevos Appleby son personas que se suben al metro todos los días. Personas normales, que ocupan cargos relevantes en partidos, organizaciones y organismos oficiales. Gente con años de experiencia a sus espaldas que ve en la transparencia, la obertura y la conversación enemigos de la acción política.

En sus mentes, el Cluetrain Manifesto no existe. No quieren una conversación entre ciudadanos y sus representantes. No creen que la política sea una conversación. Por ello, ni suenan a humano cuando se relacionan con los ciudadanos ni entienden que los secretos ya no tienen cabida en una sociedad conectada. Le temen tanto a Wikileaks como a una página en Facebook. Temen a aquello que puedan decir las personas a las que representan.

La política 2.0 debe empezar a ese nivel. O lo que es lo mismo, no hay política 2.0 sin conquistar esa resistencia. Por lo común, ni partidos ni instituciones tienen en sus genes esa predisposición al diálogo. Dependen mucho de liderazgos y apuestas personales hacia una mayor transparencia. Hacia una mayor apertura. Y chocan con una resistencia interna que se

niega a aceptar que las instituciones y los partidos deben ser abiertos y transparentes.

La opacidad sí está en el ADN de la política. Especialmente de una generación de políticos que recogen las tradiciones más arraigadas en nuestro país: desde aquellos que no tuvieron más remedio que ser opacos para proteger sus vidas y su capacidad de acción en los oscuros años de la dictadura, a aquellos que no tuvieron más remedio que ser opacos para no mostrar el alcance de sus tropelías y abusos. Sea como sea, son opacos. Y al fin y al cabo, los ciudadanos nos hemos acomodado a esa idea.

Nuestro sistema electoral ha propiciado una distancia elevada entre representantes y representados. A esa distancia, se le ha sumado la tradicional falta de medios para buscar el contacto con ellos: ni las listas cerradas y bloqueadas, ni la americanización de las campañas ni los medios de comunicación existentes (prensa, teléfono, correo postal); permitían al ciudadano contactar, preguntar y escrutar al político. Si no era posible, ¿para qué habilitar el modo de hacerlo?

Pero el hecho de disponer de una herramienta que nos permite un mayor acceso a la información y que nos pone en contacto directo con nuestros representantes, la red, nos pone en una tesitura distinta. Los ciudadanos queremos dejar de ser tontos, callados o sumisos. Queremos saber, conversar y participar. Decidir si se responde o no a ese envite ya no está a disposición de partidos e instituciones. Incluso para esos agentes contrarios al cambio.

Pero la opacidad persiste. No ya sólo en la alimentación de un debate que va cayendo por su propio peso –el de estar presentes o no-, también en rutinas, gestos y actitudes que muestran que, en esencia, la política es muy poco 2.0. El modo de organizar los partidos, las tomas de decisiones… incluso la participación en base a consignas y no a ideas, es la muestra de ello.

En la vida offline, algunos partidos dan ruedas de prensa sin preguntas. Partidos e instituciones dan señales propias de televisión para que nadie vea lo que no debe ver. Pero en la red la presión contra esas actitudes es fuerte. Por ello, esa opacidad, en múltiples formas, acabará siendo batida. De momento, conviviremos tiempo con un modo de entender, no ya la comunicación o la presencia, sino el propio ejercicio de la política como algo que no es 2.0. Cuando en su base debería serlo.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

Por ello, el gran reto ante nosotros es hacer de la política algo que en esencia es colaborativo, transparente y conversacional. No los vicios que acarreamos. Caerá por su propio peso, pero debemos ser conscientes que el cambio, lo 2.0, lo online no es abrir un espacio, sino la voluntad de incluir esa participación en la propia dinámica de la organización. Cambiar, pues, la propia organización. Eso es 2.0. Para eso debemos vencer el miedo a que la gente sepa… incluso lo que hacemos mal.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

II. La espiral del silencio, los movimientos sociales y la web 2.0

Guillem López-Bonafont

proxim-it.blogspot.com

@glbonafont

Hace 20 años Elisabeth Noelle-Neumann[285] daba a luz a uno de los conceptos más revolucionarios de la ciencia política, la espiral del silencio[286]. Esta teoría defiende que una persona tiene menos posibilidades de expresar su opinión sobre un tema si siente que está en minoría, por miedo a represalias o el aislamiento de la mayoría. La politóloga alemana desarrolló esta tesis en un entorno donde la información todavía era reservada a una élite de medios de comunicación que difundían sus mensajes de forma vertical, autocrática y autónoma.

Hoy el 2.0 ha abierto las puertas a otro mundo, otros parámetros que cambian las reglas del juego en que la espiral del silencio fue gestada. Hoy el 2.0 nos trae un mundo dónde desaparecen los monopolios de la información, se democratizan progresivamente las fuentes y se priorizan las dinámicas cooperativas por encima del aislacionismo propio del siglo XX. Un mundo que avanza paso a paso a la conexión móvil y donde la mitad de la población mundial[287] es ya usuaria de este tipo de dispositivos. Lentamente, este mundo va reduciendo su brecha digital[288] para llegar a universalizar el acceso a una información que queda huérfana de un propietario absoluto. Un mundo capaz de ilustrarte desde cómo planchar unos pantalones[289], hasta cómo construir una bomba[290] con una pelota de ping pong. Un mundo donde, por más

[285] http://en.wikipedia.org/wiki/Elisabeth_Noelle-Neumann

[286] http://en.wikipedia.org/wiki/Spiral_of_silence

[287] http://www.theregister.co.uk/2007/07/03/mobile_subscriptions_skyrocket/

[288] http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_divide

[289] http://www.youtube.com/watch?v=rcqXzX-7ULg

[290] http://www.youtube.com/watch?v=vUwQ-8cAdUk&feature=related

ISBN 978-84-694-0081-4

extravagantes que sean los gustos de una persona, esta tiene la certeza que en algún lugar de la Red encontrará alguien con los mismos intereses.

Este mundo ya no entiende de leyes, censuras y fronteras. Es un mundo abierto, conectado y anárquico donde algunos políticos se autodefinen como piratas, los programas electorales se resumen en 140 caracteres y donde los problemas se resuelven siempre en grupo. Un mundo que ha engendrado y cobijado en su útero a grandes movimientos como el erróneamente nombrado "Antiglobalización[291]" o el movimiento de concienciación sobre el cambio climático[292]. Estos movimientos han nacido en la Red y des de ella se han propagado hasta llegar a preocupar a más del 80% de la población (según apuntaba Manuel Castells[293] en la presentación de su libro Comunicación y Poder[294]) con un tema hasta hace poco desconocido como el ecológico .

En definitiva, un mundo que en la mente de muchos es visto cómo algo cercano a la utopía y que, gracias a la tecnología de los potentes motores de búsqueda y la web semántica, cada día pone más en cuestión el miedo al aislamiento que planteaba Noelle-Neumann.

¿Es el 2.0, entonces, el final de la espiral del silencio? ¿La capacidad de segmentación de las redes sociales han eliminado los climas de opinión dominantes y coercitivos favoreciendo la creación de movimientos espontáneos?

Por esperanzadoras que sean éstas cuestiones, su respuesta puede suponer una angustiante dosis de realidad para algunos, pues ni Internet es tan transversal como pensamos, ni es la fuente de movilización en la que queremos creer. Todo lo contrario, con la progresiva profesionalización del uso de las redes sociales, Internet se está convirtiendo en un amplio campo de batalla en el cual empresas, partidos políticos y ONGs se codean para llegar a sus públicos objetivo. Mientras Facebook va restringiendo más los usos abusivos que se reproducen en su interior, el usuario individual va desarrollando nuevos filtros perceptivos en los que la originalidad y el

---

291 http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-globalization_movement

292 http://en.wikipedia.org/wiki/Climate_change

293 http://citilab.eu/actualitat/noticies/comunicacioipoder

294 http://www.casadellibro.com/libro-comunicacion-y-poder-/1613681/2900001348787?gclid=cnp9oq2wh6ucfsl92aodh2b3ow

ISBN 978-84-694-0081-4

impacto se limitan a un espacio cada vez más elitista. La Generación Y[295] ha sido capaz de micro segmentar su tiempo para llegar a triplicar su actividad social, pero a la vez su capacidad de asimilación se ha visto saturada y progresivamente se ha ido desencantando de las novedosas experiencias que le ofrecía a la Red. La revolución de los "smart mobs"[296] ha sufrido la breve temporalidad de la que su propia definición les acusa y a eso tampoco le ha ayudado la obsesiva tendencia al etiquetaje[297] que llevan a cabo los más asiduos al medio cibernético.

Efectivamente, hoy empresas, partidos, ONGs y también aquellos usuarios que gozan de mayor reputación en Internet juegan una confusa carrera en la que el único objetivo es que todos los mortales de la Red se cuelguen su etiqueta. Quieren que sean sus amigos en Facebook, sus seguidores en Twitter, sus fans en Tuenti y que se cuelguen también su Twibbon[298] para poder hacerles llegar sus mensajes. Son ellos los que quieren dictar las reglas del juego en un mundo caótico, ya se sea dando directrices de lo que se debe hacer o justo lo contrario con lo que no se debe hacer. Así, van construyendo en su entorno un grupo claramente cohesionado e identificado creyendo que es la mejor forma de conseguir crear el efecto carro vencedor con el que todo el mundo querrá salir a la calle. Esta idea les absorbe y les impide ver que, al hacerlo están también poniendo un freno importante a la capacidad de movilización dela propia Red.

Exacto, el hecho de que solo interactuemos con aquellos con quien compartimos nuestros intereses hace que el espiral del silencio no solo no desaparezca, sino que se vea incluso potenciado. Si yo difiero de la opinión mayoritaria que dentro mi "grupo de iguales"en la Red, difícilmente me veré con agallas para replicarles, pues en el 2.0 la interactividad no es algo puntual y todo lo que se deja por escrito, Google se encarga de indexarlo para la posteridad. Al mismo tiempo, tampoco tendré tentaciones de dejar el grupo para relacionarme con otros sectores más afines, pues las etiquetas que me han puesto en mi pasado actúan entonces como un pesado lastre en contra de mi aceptación a otros entornos. Es entonces que nuevamente el internauta se queda preso en la casilla donde otros lo han ubicado y pierde su capacidad de saltar de red en red para crear su espacio.

---

[295] http://en.wikipedia.org/wiki/Generation_Y

[296] http://en.wikipedia.org/wiki/Smart_mob

[297] http://en.wikipedia.org/wiki/Labeling_theory

[298] http://twibbon.com/

ISBN 978-84-694-0081-4

En resumen, la preocupación por el etiquetaje que nos ha llevado la profesionalización del usos de las redes, ha hecho que se corrompa un medio que necesita nutrirse de la libertad individual para ser efectivo como herramienta de construcción de movimientos. La obsesión para definir qué es la web 2.0 y como no se debe actuar en ella, ha cortado las alas al surgimiento de nuevas iniciativas temerosas de no ser bien recibidas por los llamados "gurús" del medio. Así, la web semántica y las redes sociales han evolucionando reforzando cada vez más una espiral del silencio que ha cambiado su forma, pero que sigue manteniendo la misma estructura. Poco a poco, un mundo caracterizado por su enorme capacidad de avanzar a ritmos antes insospechados, se ha ido auto consumiendo entre sus elites sin haber esperado a que el resto de la sociedad subiese al carro. Hoy la movilización en Internet pierde su espontaneidad e capacidad de innovación, al mismo tiempo que revaloriza lo que el mismo Mark Zuckerberg[299] dijo en su día: Internet no sirve para crear nuevas redes sociales, sino exclusivamente para conectar redes latentes. Es decir, que la espiral del silencio se reproduce en Internet con los mismos vicios que le caracterizan fuera de él.

[299] http://en.wikipedia.org/wiki/Mark_Zuckerberg

ISBN 978-84-694-0081-4

III. Las relaciones políticas online y el ruido en campaña

Xavier Peytibi

xavierpeytibi.com

@xpeytibi

En 1660, Sir Robert Boyle[300] probó que en "vacío" había ausencia de sonido. Ese día, ante el asombro[301] de los miembros de la Sociedad Real Británica, Boyle se entretenía agitando una campanilla colocada en el interior de una vasija en la que había hecho el vacío con una bomba de aire de su invención. Y no se oía nada. El sonido se estaba produciendo, pero se necesitaba de la capacidad de propagar ese sonido a través del aire para que fuera escuchado.

A menudo, en esta sociedad hiperconectada, sucede lo contrario, hay sonido audible, pero hay tantas maneras de difundirlo que lo que se crea es sencillamente ruido. La información relevante y que nos interesa, la señal, tal como la denomina Jesús Encinar[302], crece en un porcentaje inferior al ruido (la información irrelevante), con lo cual, pese a que tenemos más información de calidad que nunca, resulta cada vez más difícil distinguirla del ruido.

En 2010 el mundo está en red, la sociedad ha cambiado y los partidos tienen que adaptarse. Nos encontramos en un contexto en el que la comunicación y la creación de contenidos políticos no dependen sólo de los partidos o de los medios, sino que cualquier persona puede convertirse en creador. La ciudadanía quiere opinar, conversar y sentirse partícipe de una comunidad; se siente capacitada y es lo que demuestra constantemente en sus relaciones en la red.

Los partidos políticos deben asumir estos cambios sociales. Son cambios que no tienen marcha atrás. Cuanto antes se integren estos cambios en su realidad, antes podrán intentar llegar a la ciudadanía a través de Internet,

[300] http://es.wikipedia.org/wiki/Robert_Boyle

[301] http://elforastero.blogalia.com/historias/32057

[302] http://www.jesusencinar.com/2009/04/la-informacion-cada-vez-es-mejor-paradojicamente-la-informacion-cada-vez-tiene-mas-ruido.html

ISBN 978-84-694-0081-4

pero sin olvidar nunca que ésta es una herramienta más, aunque diferente de la campaña que puedan hacer en televisión.

A menudo no es así, y la red –y sus canales o redes sociales- son entendidos como un altavoz más de los mensajes del partido. Se olvida el espíritu y las acciones relacionales que Internet permite, y solo se suele difundir información repetida. No basta con tener presencia en la red (Twitter, Facebook…) mientras lo que se haga allí sea simplemente esto: generar ruido.

La política es conectar con las personas, y en estos tiempos, con Internet, la política sigue siendo eso, pero puede conseguir que esas personas en red conecten a su vez con otras, y estas con otras más… Se trata del boca-oreja, que continúa siendo primordial a la hora de elegir a qué partido votar. Se puede tener una buena relación virtual con un candidato, pero no es solo el candidato quien va a convencer de votarle, sino sobre todo lo que digan y aconsejen vecinos, amigos o familia. Ese es el boca-oreja que funciona. Lo que consigue la red, a más velocidad que nunca y llegando a más gente que nunca, es que cualquier persona pueda establecer relaciones de confianza con un político y partido, que se sienta más cerca de él o ella, que se sienta partícipe de una campaña o de la vida de un partido, aunque no milite, y que de las interacciones y los argumentos recibidos pueda "activarse" y pasar a ser un activista en su barrio, ciudad o en sus redes sociales virtuales, con sus conocidos, familiares y amigos. Esa es la clave. Si los activistas se sienten escuchados y ven que lo que hacen como activistas anónimos tiene repercusiones en la gente que les rodea y en el bien del candidato o del partido, es, entonces cuando se sienten cobijados por una comunidad de personas afines.

Las redes sociales, pero también la difusión de vídeos, la creación personal de campañas, la proposición de ideas, la participación en actos locales, las blogosferas partidistas… y, sobre todo, el diálogo con los candidatos, el partido y con otros activistas crean un sentimiento de comunidad que hace mover todo el engranaje del activismo y de la participación. Es la red la que permite la comunicación, la interacción y la creación rápida de comunidades.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

En 2009 se publicó un estudio[303] de la Congressional Management Foundation que quiso comprobar como la interacción online con los politicos cambiaba la idea que los ciudadanos tenían de esos políticos y su impacto electoral. Para ello se creó una plataforma online que permitía que los ciudadanos hablaran de manera virtual con congresistas y senadores. El estudio demostraba que la interacción personal online aumenta en un elevado porcentaje la aprobación de los políticos, porque los ciudadanos escuchan al político en primera persona, se sienten escuchados, y saben de su trabajo y su accesibilidad (sienten que son personas normales, como ellos, y las pueden humanizar). Además, demostraba que esa interacción y diálogo conseguía bajar la desafección y aumentar los votos de indecisos. Es decir, los que ya iban a votar al político seguían votándole y los que no lo iban a hacer seguían sin votarlo, pero se notó un gran aumento de “simpatía” entre los indecisos.

En una campaña online, como demuestra el estudio, las relaciones con los ciudadanos generan un aumento de cercanía, y lo que es lo mismo: votos, confianza y activistas. Además de respeto hacia el oponente aunque no le voten. Las emociones se consiguen a través de la comunicación, de responder preguntas y dudas, de generar lazos, de la simpatía, … de pequeñas cosas y pequeñas relaciones. No hablamos solo de informar de datos o de argumentos, sino de propiciar sensaciones personales, de seducir.

Para eso va sirve la red en política. Se equivoca quien piense que con mucha presencia web se consiguen votos porque sí. No es así. Quien tiene claro que va a votar o no a un determinado candidato/a lo hará o no independientemente de las campañas.

Lo que sí se puede conseguir es movilizar a activistas que no lo eran para que trabajen a favor del candidato en sus círculos cercanos offline u online, disminuyendo la abstención de antiguos votantes (que pueden ser convencidos de que vuelvan a votar) o aumentando los votos de indecisos. Ese es el público al que hay que ir a buscar hoy, en la era digital, pero también ayer y siempre.

Se pueden ganar unas elecciones gracias a Internet, pero solo con Internet no se pueden ganar unas elecciones. Si entendemos esto podemos analizar mejor la presencia de los actuales partidos políticos en la red,

---

303 http://nposoapbox.s3.amazonaws.com/cmfweb/Online-Town-Hall-Meetings-Report.pdf

ISBN 978-84-694-0081-4

difundiendo mensajes una y otra vez que son repetidos por los ciberactivistas en sus perfiles de Twitter, o con un “Me gusta” en Facebook. Pero eso no es activismo, eso es slacktivismo, un activismo pasivo que se basa en llenar los time-lines de argumentario repetido.

Hay que tener claro que las campañas por Internet no son ninguna panacea y que son una herramienta, muy buena, para poner en contacto a las personas, para relacionarlas y para generar emociones de confianza y de participación. La red ayuda a que se organicen, pero no funciona si no se utiliza para crear una comunidad de ciudadanos que crean en el candidato y en el político, y que se impliquen para integrar a sus amigos y conocidos en la visión del partido. Y es eso lo que convence. Cada respuesta o aproximación sincera, abierta, ajustada al tema y con sentido del humor significa una sonrisa para quien la recibe y eso se traduce en una persona que se acerca al partido y que puede aproximar a sus amigos a través de su propio relato. Ya el poeta Oliver W. Holmes decía que “el ruido de un beso no es tan retumbante como el de un cañón, pero su eco dura mucho más”. Cada nueva comunicación personal, cada conversación y cada nuevo relato que estos ciudadanos pueden hacer a sus conocidos de esa comunicación, supone a su vez una nueva historia personal que el partido puede sumar a las ideas y valores que propone, abriendo una nueva oportunidad para la humanización de la política en el siglo XXI.

Ni que decir tiene que cuando las conversaciones entre políticos o entre ciberactivistas son solo insultos, ataques y el ya manido “y tu más”, la conversación en la red es ruido que no aporta nada. No crea afinidades, sino que más bien crea desconfianza hacia esos políticos y traslada a la red uno de los motivos de la desafección política. Y pese a que los perfiles de los partidos políticos, en Facebook o Twitter, especialmente, no suelen entrar al trapo, sí que lo hacen muchos de los ciberactivistas más destacados, que, aunque nunca lo hayan pensado, también representan al partido.

La ciudadanía quiere cada vez menos ruido y menos propaganda. Quiere comunicación directa y soluciones, relaciones personales (online, pero sobre todo en persona), e incluso poder dar sus ideas y que sean escuchadas. Y quiere que la comunicación sea rápida, pero también sencilla, de tú a tú, amable, que responda a sus dudas a través de sus preguntas o proactivamente, pero que no se base en informaciones generales o solo en críticas al contrario.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

Cualquier ciudadano recibe decenas de miles de inputs políticos y publicitarios. En la red, muchos de esos inputs ya son leídos en diagonal, porque no aportan nada o se basan en insultos. Entonces, realmente, ¿qué interés tienen los partidos o ciberactivistas en seguir haciéndolo? No hay que olvidar que son las emociones hacia el partido o hacia el candidato, y la empatía que se demuestra, la que a menudo puede hacer que una persona repiense su voto, o si va a votar, pero también que, a través de sus comentarios, hable bien del partido o de su candidato. Si hay ruido, se pierde la oportunidad de establecer relaciones, e incluso se consigue que no se haga caso a los mensajes.

Tanto el ruido de sables en discusiones online como el ruido de argumentario, mil veces repetido, no consigue movilizar a los votantes ni a los activistas (sí a slacktivistas). Somos animales sociales y, como tales, debemos hablar entre nosotros. Hay que aprovechar encuentros online u offline, generarlos, crear lazos afectivos con la gente. No importa si no se consigue un militante, o incluso un votante, el objetivo es no generar un enemigo político.

En este sentido, una conversación en un bar, en un puerta a puerta en un barrio, pero también un mensaje directo de un amigo en Facebook diciendo, con argumentos, por qué votar a un partido, e intentando convencer de que se le vote, es siempre muchísimo más efectivo que repetir mensajes o poner constantemente “me gusta” en ese mismo Facebook, por mucho que también lo vean sus amigos.

La ciudadanía no quiere spam, no quiere propaganda, no quiere ruido, no quiere odio… Lo que desean es una nueva política regenerada, humana, personal y cercana, abierta a responder y ayudar, y con valores.

Internet, teniendo una estrategia clara y constante de comunicación política, demuestra que "la campaña permanente" es posible, también, a través de la red y que, al contrario que la televisión o los medios de comunicación tradicionales, permite ver día a día el avance de la campaña y la implicación de la gente hacia el partido o el candidato.

Los partidos deben elegir si prefieren ruido o relaciones. Si se elige el ruido, como dice el poeta Joaquín Sabina[304] “al final números rojos en la cueva

[304] http://www.youtube.com/watch?v=qZGS54Xv3eM

ISBN 978-84-694-0081-4

del olvido, y hubo tanto ruido que al final llegó el final […] y con tanto ruido no se oyó el ruido del mar”.

ISBN 978-84-694-0081-4

IV. Las campañas son otro 2.0

Edgar Rovira

edgarrovira.com/blog

@erovira

Hablando de campañas electorales en los escenarios digitales parece que la definición más común de aquello que conocemos como “2.0” ha generado más inconvenientes que ventajas. Aplicar la lógica de entornos abiertos en dónde el mensaje está construido entre muchos usuarios y entender que ésta también valdrá para los procesos tradicionales de comunicación política puede llevarnos a una confusión y a decepcionarnos respecto a la idea que teníamos de lo que puede y no puede ser la política online.

En todo proceso comunicativo que quiere incorporar el uso de las herramientas 2.0 a sus estrategias tradicionales es necesario tener claro cuáles son los condicionantes y las posibilidades de aplicación de éstas. Para las campañas electorales la mayor limitación, aunque no la única, es el origen del mensaje que comunicamos.

Como dice Joan Botella, catedrático de ciencia política de la Universitat Autònoma, “en la política electoral los mensajes son necesariamente verticales” Esto es así por dos motivos. Primero, porque en cierto modo el éxito de este mensaje, más allá de su contenido, depende del control que se tenga sobre él en términos de emisores y de control del tempo. Y segundo, para asegurar este control toda la comunicación de campaña se centraliza en un punto muy concreto de la organización, el conocido como equipo de campaña.

Por tanto, sabemos que las expectativas generadas y la difícil integración de una forma de comunicar distinta a los espacios digitales es lo que genera la percepción de que las campañas electorales en la red no llevan consigo cambios sustenciales. Ni siquiera las pequeñas experiencias de participación o de conversación, entre partidos y usuarios, mejora la percepción. La explicación es que la mayoría de estas experiencias no nacen

ISBN 978-84-694-0081-4

con una voluntad de debate político entendido como un intercambio de ideas, si no que se enmarcan en el intercambio de mensajes con simpatizantes de uno u otro bando.

Tampoco los usuarios parecen estar por la labor de participar activamente en las iniciativas que los partidos ponen en marcha en la red. Por lo menos aquellos que no tienen ningún tipo de vínculo o que no son afines a un partido o un candidato.

Entonces, ¿existe el concepto 2.0 en las campañas electorales? La respuesta es que probablemente vale la pena salir del concepto, no digo no utilizarlo, pero sí abandonar su definición habitual e intentar ver qué cambios ha traído consigo la utilización de las redes durante las campañas. Estos cambios los podemos dividir en dos grandes bloques. Por un lado el uso de los nuevos canales de comunicación y por otro las posibilidades de coordinación y, en consecuencia, de distribución del mensaje que queremos comunicar.

Redes sociales, nuevos materiales gráficos, vídeos especialmente preparados para ser visionados en Youtube, aplicaciones móviles, redes de blogs, estrategias de inserción de anuncios, etc. Esto evidentemente conlleva que el mensaje, que en esencia es el mismo, adquiera tantos formatos como herramientas distintas se utilizan. Y al final nos demuestra que el desembarco de los partidos en los entornos online es cada vez más frenético y se expande a la misma velocidad que la propia red.

La novedad en este sentido es hasta cierto punto limitada. Quizás lo más destacado son las posibilidades de segmentación que ofrecen estos entornos. Ante la inferioridad en términos cuantitativos frente a los medios tradicionales la red ofrece la posibilidad de enviar mensajes concretos a colectivos específicos. Los criterios son múltiples: geográficos, por edad o por intereses, y el formato acostumbra a ser el de la publicidad online insertada en distintos formatos como vídeo o banners.

El otro gran salto que han supuesto las redes es el de la coordinación de nuestra red de activistas. El mail continúa siendo la herramienta más eficiente aunque las redes mayoritarias como Facebook empiezan a ganar terreno. El objetivo es coordinar a los nuestros para que lleven a cabo acciones, tanto a nivel online como offline, alrededor del argumentario del partido. Otra vez, este sistema asimila la verticalidad del mensaje aportando en este caso el elemento de la proximidad.

ISBN 978-84-694-0081-4

La facilidad con la que se lleva a cabo el activismo político a través de la red contrasta con las exigencias de las acciones tradicionales. Ello permite a los partidos movilizar a sus bases incluso más allá de los militantes que ya de por sí son activos. En determinadas coyunturas electorales esto ha resultado fundamental para ayudar en la emisión de los mensajes claves en aquellos entornos en los que era más necesario, ya fuera dentro de la red como fuera de ella.

Es entre estos dos bloques que se llevan a cabo la mayoría de iniciativas online en una campaña electoral. Quizás sea importante tener esto en cuenta para entender que las campañas electorales son otro 2.0. La red actúa como un complemento para aquellas estrategias que han sido diseñadas específicamente para los entornos tradicionales, y poco o nada de lo que se genera en ella termina convirtiéndose en un ítem central en la agenda de campaña. Al menos aún no.

ISBN 978-84-694-0081-4

V. Administración 2.0, ¿tecnología o actitud?

Carlos Guadián

k-government.com

@carlosguadian

Las primeras pinceladas de la etiqueta 2.0 en la Administración Pública empezaron a verse el año 2005. En ese momento los blogs eran "la herramienta" y gracias a la proliferación de la blogosfera y del crecimiento de lo público en este ámbito, se empezaron a introducir de la mano de aventurados servidores públicos. Desde entonces los blogs se han constituido, a través de trabajadores públicos y profesionales dedicados a ella, como la principal herramienta para introducir lo 2.0 en la Administración Pública en España.

Se ha hablado mucho sobre el tema. Pero con el paso del tiempo se han ido definiendo las características que debería de tener una Administración 2.0

Uno de los principios en los que se tiene que sustentar es el de colaboración . Y para ello se considera indispensable construir una arquitectura de servicio enfocada precisamente a la colaboración con el ciudadano:

- Los servicios administrativos se deben de considerar como una plataforma.
- La larga y diversa cola de ciudadanos existente, obligará a la existencia de una larga cola de servicios de la administración.
- Se debe de ir al origen para obtener respuestas. Los ciudadanos hablan y añaden valor a los servicios. Ya se empieza a hablar de escucha activa.

ISBN 978-84-694-0081-4

- La comunidad que conforma la ciudadanía es una red que construye relaciones. La Administración Pública debe ser parte de ella.
- La evolución como proceso continuado. La Administración Pública debe de encontrarse en una constante versión beta para adaptarse al ciudadano.
- La confianza es la mejor vía de fortalecimiento en toda comunidad. Hay que cooperar con, no controlar a tus ciudadanos. Es importante que los servicios estén orientados a proporcionar y no a fiscalizar.
- Administración accesible. Deben de ser múltiples las vías para acceder a los servicios de la Administración Pública. Aunque se pongan servicios online no se debe dejar de lado la atención presencial, así como cualquier otra que se pueda poner en marcha.

Se debe de ir, por lo tanto, a una arquitectura SOA (arquitectura orientada a servicios) bien diseñada, basada en lo que la ciudadanía necesita porqué se la ha escuchado y contado con ella para su diseño. También que sea accesible, no sólo desde plataformas electrónicas. Y por supuesto que la administración adopte esa versión beta como un “state of the art”.

Pero no debemos de perder de vista el sentimiento de comunidad, la actitud colaborativa, el carácter abierto y sobre todo la confianza que son las bases de la web 2.0, en contraposición de la centralización, los secretos y la desconfianza.

“Citizens Super Heroes and other tales from Government 2.0”[305] nos ofrece información sobre como favorecer la colaboración ciudadana a través de la puesta en marcha de plataformas abiertas considerando a la ciudadanía como un verdadero socio, sin la que la administración 2.0 no se puede llevar a cabo.

En 2008, ya se empieza a trabajar en las tecnologías que se considera deben de conformar una Administración 2.0. Este listado se realizó en Network Public Sector Communications y recoge los 5 puntos principales

---

305 http://www.slideshare.net/missrogue/citizen-superheroesand-other-tales-of-government-20

ISBN 978-84-694-0081-4

sobre los que se tiene que trabajar para poder ofrecer servicios considerados 2.0 en las AAPP:

- Data Web; Una manera inteligible de utilizar la web. Microformatos, web semántica.
- Personalización; Los usuarios quieren personalizar sus búsquedas, noticias, servicios de una manera entendible para ellos. Por ejemplo realizar una búsqueda y poder guardar el rss de la misma por si se producen nuevos resultados.
- Open Source Government; utilizar herramientas que permitan el máximo de interacción entre todos los actores que se pueden relacionar con la administración pública.
- Búsqueda; hace falta desarrollar la investigación en buscadores verticales o basados en lenguaje natural que realmente den al usuario lo que quiere. La experiencia del usuario es vital.
- Autentificación; La identidad como elemento esencial en la transacción del ciudadano con la administración.

En la misma línea O'Reilly centra su definición de lo que es la Administración 2.0 precisamente en la plataforma, en sus características técnicas:

"En la Administración 2.0, mucha gente equipara el término con el uso gubernamental de los medios de comunicación social, ya sea para solicitar la participación de la ciudadanía o para salir de las formas del mensaje tradicional. Algunos piensan que significa hacer un gobierno más transparente. Otros que esto de la Administración 2.0 implica integrar tecnologías como el AJAX en los sitios web del gobierno, sustituir los sitios web con las API de gobierno, o la construcción de nuevas plataformas para generar una nube de servicios."[306].

Tenemos como habéis visto el posicionamiento tecnológico como el de Tim O'Reilly en un momento en el que el Open Government, por lo que a los datos se refiere, está causando una verdadera revolución. O por otro lado

---

[306] *Gov 2.0: It's All About The Platform* http://www.techcrunch.com/2009/09/04/gov-20-its-all-about-the-platform/

ISBN 978-84-694-0081-4

tenemos otros puntos de vista menos tecnólogos en los que evidentemente el aspecto social es básico para que todo esto se produzca.

Una Administración 2.0 no puede darse sin que se produzca un cambio de actitud en quienes gestionan los servicios, en quienes los ejecutan y sobre todo en quienes los reciben. La tecnología es importante, pero lo es más la actitud.

Las actitudes colaborativas marcan la manera de realizar el trabajo y el concepto de red distribuida, refuerzan la organización informal, cohesionando más la estructura jerárquica oficial dándole transversalidad y por que no, interoperabilidad.

Pero de lo primero que ha de ser consciente la Administración Pública es de las dificultades que tiene para comunicarse con el ciudadano. Los canales de comunicación utilizados por la AAPP, además de ser habitualmente unidireccionales, están pensados en su propia comodidad encajándolos en complicados procesos que el ciudadano no acaba de comprender.

Pues bien, es hora que la AAPP empiece a escuchar[307], que empiece a hacerlo de una manera activa. Y porqué no utilizando canales de comunicación con los que el ciudadano se expresa habitualmente. Me refiero a un modelo de atención al ciudadano con el que mediante los Social Media y haciendo Escucha Activa[308] la AAPP pueda tener una actitud más proactiva hacia las necesidades de la ciudadanía. En definitiva dar un paso más en la revolución dospuntocerista de la AAPP[309].

Éste modelo, del cual ya tenemos las piezas pero en el que todavía hay que trabajar para encajarlas se va generando poco a poco. En estos momentos los ciudadanos ya están hablando en Internet y la Administración Pública se ha de poner a "escuchar". Los ciudadanos están utilizando diferentes medios para expresarse, para generar contenido, para compartir información y por supuesto para denunciar determinadas situaciones.

---

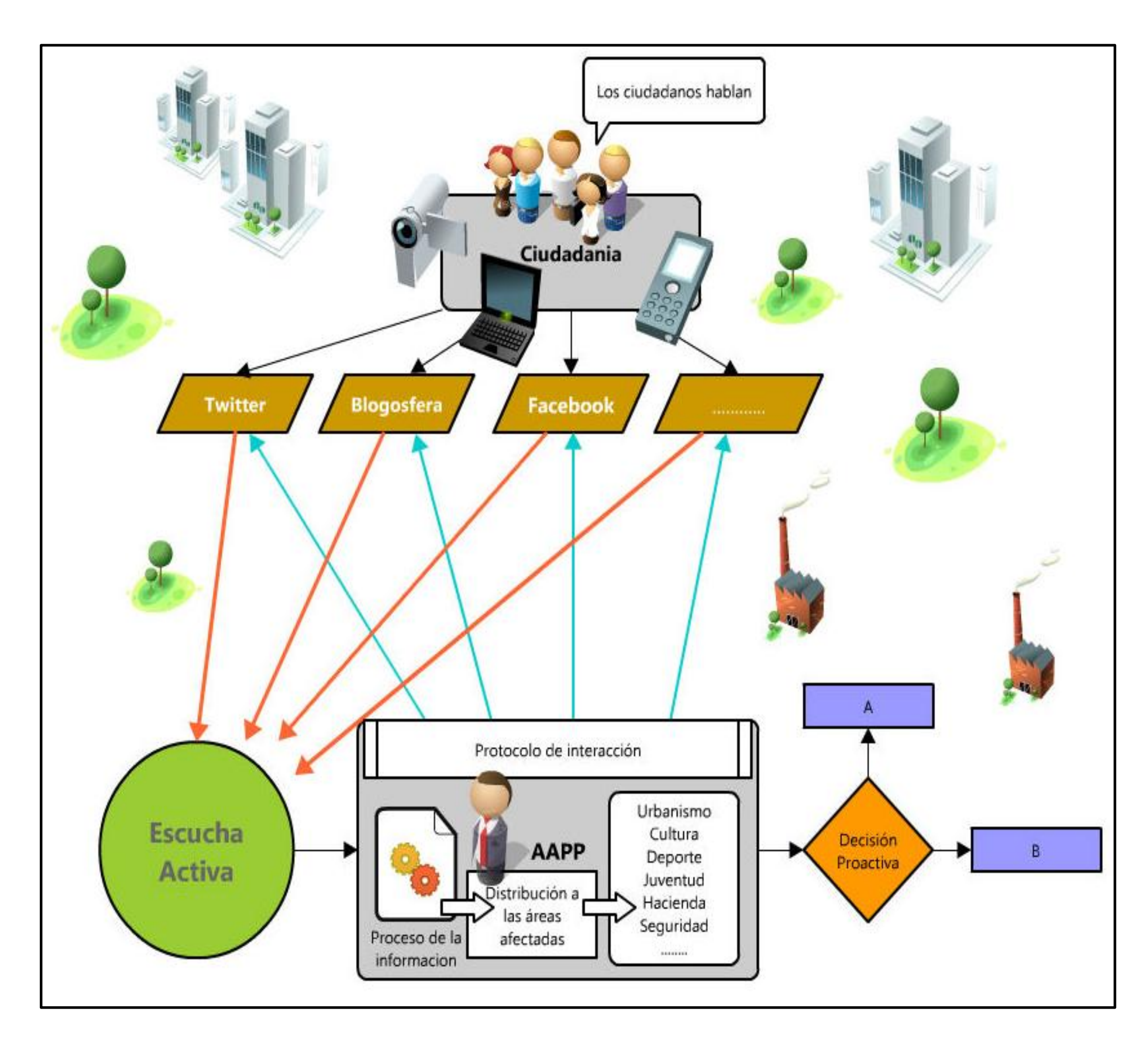
[307] http://www.k-government.com/2008/04/30/la_relacin_entre_la_administracin_y_la_ciudadana_cambiar_cuando_exista_conversacin/

[308] http://www.k-government.com/2008/05/05/escucha_activa/

[309] http://www.k-government.com/2009/02/24/la_revolucin_dospuntocerista_de_la_aapp/

ISBN 978-84-694-0081-4

Hay multicanalidad en la conversación de la ciudadanía, ya que es igual que generen contenido multimedia o de texto. Éste se trasmite y se vehicula a través de los Social Media (Facebook, Twitter, Blogosfera…). Esos contenidos contienen información, que para una AAPP puede ser valiosa, para detectar de forma temprana incidentes en tiempo casi real, propuestas o quejas por parte de la ciudadanía. En fin, lo que se tiene que hacer es recoger esa información haciendo escucha activa[310], procesarla y distribuirla a las áreas afectadas.



Una vez llega a estas áreas esta información tendría que provocar una reacción-respuesta a los ciudadanos por el mismo canal que han utilizado. Interacción de tú a tú en la que se den explicaciones, agradecimientos, disculpas o en definitiva información relativa al input detectado. Evidentemente para realizar esta interacción hace necesario definir un

[310] http://www.k-government.com/2008/05/05/escucha_activa/

ISBN 978-84-694-0081-4

protocolo. Y por otro lado, dependiendo del tipo de hecho detectado se puede iniciar de oficio una actuación para resolver la situación de manera proactiva.

Por que al fin y al cabo una nueva administración tiene que implicar nuevos servicios y nuevos derechos. Y si la ciudadanía en internet es 2.0, la Administración Pública ha de tender hacia ello. No es suficiente, como ya se ha indicado, usar determinadas herramientas o tecnologías sin realizar un uso adecuado. El cambio de actitud de la Administración, como del personal que la compone ha de ir hacia la colaboración, la escucha activa, la generación de conocimiento compartido.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

VI. Internet crea nuevos límites

Jorge Galindo

jorgegalindo.es/blog

@JorgeGalindo

Cada vez que se habla de cómo internet y el 2.0 está cambiando la forma de hacer política se tiende a buscar los efectos positivos, la evolución, los cambios a mejor. Pero la generalización de la red como el medio principal de acceso a la información tiene también consecuencias limitadoras. Veamos si podemos dar cuenta de algunas de ellas, relacionadas con el activismo y la política.

Empecemos con un ejemplo. Imaginen ustedes que trabajan en política. Fácil, ¿no? Ahora, imaginen que, desde su partido, quieren lanzar una campaña concreta sobre un asunto que está ganando importancia en su (hipotético) territorio: la inmigración. Su partido no tiene una postura clara al respecto, porque este no ha sido un issue de primera línea hasta hoy. Sin embargo, el electorado pide un posicionamiento, y hay que dárselo. En la reunión de la Ejecutiva, alguien dice a media voz algo sobre que deberían usar “internet” para esto, a ver qué tal va la cosa. Añade algo respecto a lo barato que sería. Hasta ahora el uso de internet en la organización ha sido bastante genérico, y la cosa ha ido más o menos bien, así que a todos les parece una gran idea poner a prueba el cacharro con una campaña específica sobre un tema concreto que tendrá relevancia, pero no será decisivo. Además, qué demonios, saldrá barato, ¿no?

Pues no necesariamente. Ese fue casi el primer mito del uso de internet para la política que se deshizo: la reducción de costes. Si se quieren hacer las cosas bien, cuando el encargado de esta campaña se enfrente a las necesidades reales, verá que tiene que empezar por poner a alguien a investigar datos y a recopilar discurso generado dentro y fuera de la red sobre inmigración en los últimos tiempos. A partir de ese análisis y de las encuestas y otros estudios de base de electorado que tiene el partido,

ISBN 978-84-694-0081-4

definirá grupos clave sobre los que actuar, estableciendo cuál es su presencia en internet y dónde (a través de qué canales) hay que ir a buscarlos. Después, se tendrá que definir el mensaje y los mensajes, establecer una estrategia de acción y destinar un equipo de personas que trabajen en difundir el mensaje, recoger el feedback y mantener una relación constante con los ciudadanos de los grupos definidos como target a través de los canales escogidos. Además, se tendrá que monitorizar el efecto y la difusión de la campaña más allá de estos canales. ¿En qué estamos ahorrando aquí respecto al uso de otros medios? No en personal, desde luego, que es la parte del león de cualquier acción política. ¿Y por qué no ahorramos? Fácil: porque, simple y llanamente, tenemos una capacidad limitada de gestión de información y comunicación.

Internet aumenta la información disponible, multiplica la posibilidad de establecer relaciones de comunicación, pero no nos hace superhombres. Ni a nosotros, ni a nuestras organizaciones. Si queremos acceder a más información, o si queremos producirla y "moverla", seguimos necesitando más recursos. Los costes, gracias a internet, bajan, pero no se vuelven cero. En realidad, ni siquiera estamos seguros de que bajen siempre.

Hasta aquí, todo es más o menos obvio. Vayamos con lo que no lo es tanto.

Demos por sentado que se cuentan con todos los recursos necesarios y la información (el mensaje sobre inmigración) se produce y llega al receptor. Entonces es cuando la (últimamente) llamada "economía de la atención" entra en juego. No vamos entrar a definirla, quedémonos con una idea sencilla: en política como en publicidad, sin atención no hay nada. Si se lanza un mensaje, una acción de movilización, lo que sea y no llega al receptor esperado, es como si no hubiese existido. A medida que el acceso y los canales de información han ido creciendo, la competición de los mensajes por la atención también lo ha hecho. Internet y el 2.0 es el último paso: el usuario recibe una ingente cantidad de impactos de información diarios que están compitiendo por que les haga caso. Para una organización, “colocar” su mensaje es más difícil ahora que hace treinta años. La respuesta podría ser: “bien, entonces tenemos que segmentar, crear redes, colocar a las personas adecuadas desde nuestra organización comunicando a microaudiencias concretas”. Es cierto: es la solución. Pero volvemos al punto anterior: sin recursos, sin muchos recursos, eso no se puede hacer. Paradójicamente, pues, la mayor facilidad de acceso y difusión de

ISBN 978-84-694-0081-4

información puede aumentar los costes de difusión de la misma. Por una simple cuestión de competencia. Ahora ya no le parece tan buena idea centrar una campaña sobre inmigración en internet, ¿verdad? Al menos no para hacer “algo barato”.

Pero además, la situación de saturación de información sí tiene una serie de efectos reales, y no precisamente positivos, sobre nuestro target. Para empezar, favorece enormemente la impaciencia. El llamado “clicktivism” no surge únicamente de la facilidad de apoyar una causa con un solo click: no es sólo una cuestión de lo poco que cuesta (en el párrafo siguiente retomaremos esto). También es una consecuencia del incremento de mensajes que nos llegan. Discriminar con un simple “click=apoyo” es mucho más sencillo y aparentemente rentable que un compromiso que implique una mayor dedicación de tiempo, si a la vuelta de la esquina tenemos otro, y otro, y otro más item de información o propuesta de acción esperándonos. Y si estamos minimizando el grado de compromiso en términos de tiempo y dedicación, entonces la forma de organizarse, o de unirse y desunirse a las organizaciones, cambia: mucho más flexible, variable, y sí, débil. Esto hace que los partidos y las asociaciones varias lo tengan mucho más difícil para conseguir un compromiso a largo plazo: El "momentum inicial" de la movilización es mucho más sencillo online que offline) conseguir grupos en Facebook a favor de una determinada política de inmigración, por ejemplo); ero su consolidación, no. Por ejemplo, para llegar hasta el voto. ¿Soluciones? Tan viejas como la democracia: bombardear de forma más o menos intensa durante toda la legislatura e intensificar brutalmente la difusión de mensaje al llegar a la campaña para rentabilizar al máximo la inversión en internet.

Como hemos apuntado por encima en el párrafo anterior, el coste que sí desciende con todo esto es el de la participación del ciudadano: qué fácil es decidir dejar un comentario, difundir un mensaje, hacer un click. ¿Pero es así de simple? Ya hemos visto que la competencia de mensajes es mayor, por lo que es necesario seleccionar mucho más: ahí hay un coste para el ciudadano, indudable, que puede resolverse fácilmente a través del uso de fórmulas ya conocidas: seleccionando las fuentes tradicionales (los medios de masas, bien presentes y preponderantes en internet). Y si decide tomar otros canales, entrar en contacto con activistas, políticos y organizaciones más o menos formales sin intermediación mediática, aparece otro coste que, si bien ya existía antes de internet, ha crecido: el de creación y gestión de la identidad. Y ha crecido porque la identidad queda como rastro grabado en

ISBN 978-84-694-0081-4

internet, es más visible y sobre todo más accesible. Por tanto, el control que ejercemos sobre lo que hacemos o dejamos de hacer tiende a ser mayor.

Para ir acabando, porque el tema de la gestión de la información es por definición infinito, hagamos honor a lo que hemos estado apuntando hasta ahora, cojamos todo lo dicho y paqueticémoslo en algo fácil de masticar y tragar. Tres puntos-Resumen:

1. El coste en recursos no sólo es menor, sino que puede ser mayor. Desde luego, lo es seguro en elaboración de la estrategia: un nuevo canal y nuevos competidores significa, sí o sí, tener mentes (que normalmente cobran a bastante la hora) pensando dónde, cómo y cuándo mover nuestro mensaje.
2. Conseguir fidelizar relaciones y crear organizaciones con un fuerte grado de compromiso es más difícil (al menos, si no hay detrás una estrategia cara a cara).
3. A pesar de ello, la exigencia del ciudadano que ya participa de por sí es mucho mayor al pasar cada acción a formar parte de su rastro digital y por tanto de su identidad mostrada.

¿A qué nos debe llevar todo esto? Pues a prepararnos para invertir recursos, a ser conscientes de la centralidad de desarrollar una estrategia extremadamente selectiva en base a criterios de eficiencia, y a la imperiosa necesidad de segmentar, personalizar y realizar un seguimiento continuo de cualquier acción desarrollada. Sólo asignando los recursos adecuados a los sectores correctos se puede conseguir algo. En román paladín: coge a los políticos y alos activistas, enséñales muy, muy bien lo que tienen que hacer y con quién tienen que hablar, y ocúpate de que nunca dejen de hacerlo. Y si cualquiera de los que esté leyendo esto me dice que ya sabía que así se hacían las cosas, yo responderé con una pregunta: ¿cuántas campañas hechas hasta ahora cumplen estos criterios de forma firme? Pocas. ¿Por qué? Porque es muy difícil, y hacen falta muchos recursos, y extremadamente preparados, focalizados y claramente dirigidos. Imprimir panfletos digitales es infinitamente más sencillo y menos comprometido, aunque a largo plazo rinda menos.

ISBN 978-84-694-0081-4

Después de esta larga reflexión, el hipotético estratega del supuesto partido que habla sobre inmigración debe pensar que no nos hemos movido tanto con respecto a hace veinte años.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

VII. El límite del 2.0 en la acción y el activismo social y político

José Rodríguez

joserodriguez.info/bloc - @trinitro

Los sociólogos han analizado la transformación en los valores de las sociedades postindustriales. Desde la “sociedad líquida” de Bauman, pasando por la ultramodernidad de Giddens, la sociedad red de Manel Castells y los valores de la sociedad postindustrial consumista de Sping-Andersen, los principales sociólogos (y los cuatro que cito no se alinean en el postmodernismo) analizan que los valores hacia lo público de las sociedades postindustriales. Todos los análisis coinciden que los individuos hemos cambiado nuestro sentido de identidad hacia “lo que consumismos” en lugar de “en que trabajamos” (Esping-Andersen, Giddens), que hemos pasado de ser “ciudadanos de la comunidad política a actores que buscan la satisfacción en el momento” (Bauman). En definitiva, que los ciudadanos de sociedades postindustriales como nosotros somos más individualistas, nuestros compromisos son más mutables, y buscamos que lo que hacemos tenga una repercusión más próxima en el tiempo. Como aspecto positivo hacia el activismo social, los activistas de hoy son capaces de establecer criterios fuera de las esferas de autoridad, adquieren compromisos personales y sus relaciones con los grupos y organizaciones son más mutables y las adaptan a sus propios intereses. Eso los hace menos tolerantes a los mecanismos de control grupales centralizados y más reactivos hacia los intentos de la autoridad a someterlos.

La conclusión a la que se acostumbra a llegar tras ese análisis es que las organizaciones e instituciones de la “modernidad sólida” o la modernidad industrial se ponen en crisis: los sindicatos, partidos políticos, la empresa fordista, los parlamentos, etc..

Ante esta realidad, la aparición de lo que es llamado como internet 2.0 con la panoplia de redes sociales, blogs y la facilidad para que los ciudadanos se pongan en contacto unos con otros, se puedan organizar, crear contenidos, realizar activismo y campañas en red ha parecido ser el nuevo paradigma para salvar la capacidad de los ciudadanos de influir en la sociedad y revivir la política y el activismo social.

Es bien cierto que “el 2.0” permite realizar un activismo “a la carta” que en general las instituciones y organizaciones de la “modernidad industrial” no permiten. Hoy puede surgir una campaña y me puedo sumar a ella simplemente con un clic de ratón sin que esto me comprometa más, mañana puedo ser yo el que lance una iniciativa. Los aliados sociales de hoy se separan al día siguiente porqué sus intereses han confluido por una causa hoy no tienen porqué coincidir al día siguiente. Las redes sociales permiten a los individuos crear nuevas redes eventuales y temporales con personas con intereses afines y sumarse a una causa. Permite la acción social individual, no mediada por ninguna organización, ni condicionada a ninguna consigna o a ningún líder. Los líderes puntuales dejan de serlo al día siguiente y las redes, aún cuando son asimetricas (una persona con mayor formación, tiempo y una mayor capacidad de construir una red social tendrá más influencia en la red que otra con menores capacidades) el poder está distribuido en muchísimas manos y los liderazgos son cambiantes.

Además las redes sociales permiten tener un retorno más inmediato a nuestras acciones sociales. Si promovemos una causa y alguien nos comenta, enlaza, reenvía nuestro mensaje, lo republica, se suma a la firma en línea, etc… el retorno lo estamos viviendo casi en el momento en que se realiza. No tenemos que esperar que haya un trámite intermedio, ni que un comité lo autorice. La satisfacción aparece en el instante. No hemos de esperar la gratificación de un líder por el trabajo bien hecho, o un agradecimiento difuso dentro del colectivo.

A pesar de ello, las redes sociales tienen limitaciones serias. La propia naturaleza del compromiso que permite focalizar en un momento determinado la atención de miles de ciudadanos, como si de un enjambre se tratara, temporal, sin continuidad, hace que la repercusión real en los cambios en las instituciones y las organizaciones sea minúsculo.

Aunque una parte de nuestra vida esté regida dentro de esa modernidad líquida, los poderes económicos y sociales, las organizaciones y las instituciones siguen reglas de la modernidad sólida. Las leyes se siguen

ISBN 978-84-694-0081-4

aprovando en parlamentos por dirigentes cuya visión va más allá de lo que ocurre un día determinado en twitter o en Facebook, que responden a lógicas de poder que tienen una perdurabilidad en el tiempo mayor. Pretender que con una acción en la red se cambie una ley, hoy por hoy, es complicado, si no se cuenta con una base "analógica" detrás.

Ejemplos como el del "manifiesto" contra la ley Sinde que provocó que miles de internautas se sumaran a un manifiesto para tirar atrás un apartado de la ley de Economía Sostenible que daba más poder a las agencias privadas de gestión de derechos de autor para actuar como "fiscales en la red", provocó un gran movimiento que se plasmó en una reunión entre los principales impulsores el equipo del ministerio de cultura, incluida la misma ministra González-Sinde. Tal vez el mayor movimiento expontáneo en la red habido en la historia de la red hispana, consiguió llevar al "off-line" la posibilidad de modificar una ley, pero la falta de posibilidad de continuidad, de capacidad de actuar de lobbye, precisamente por la temporalidad y la falta de liderazgo y estrategia que tiene una movimiento expontáneo (o semiexpontáneo) en la red hizo que no se consiguiera ninguno de sus éxitos.

Por otro lado, cuando esta acción en la red tiene una base "analógica" importante y hay quien pueda canalizarlo y conducir el apoyo en la red de una forma más estratégica el 2.0 puede hacer una aportación a la acción política y social importante. El contraejemplo del #manifiesto es la campaña de "65 horas ni de coña" realizada por un conjunto de blogueros progresistas que tuvieron la complicidad de un sindicato. Esta campaña consiguió que se enviaran 450.000 correos electrónicos a los eurodiputados españoles que iban a enfrentarse a la votación de una directiva europea que permitía ampliar la jornada semanal máxima legal en Europa de 48 horas a 60 horas y 65 horas para profesiones excepcionales. En este caso la existencia de un movimiento analógico (el sindicato UGT) que se apoyó en la acción en la red para sumarse y luego canalizar el descontento mediante reuniones con los eurodiputados, junto a la campaña de protestas en la calle que organizó la Confederación Europea de Sindicatos, condicionó el voto de los eurodiputados españoles del PP y del PSOE que fueron clave para que la propuesta fuera rechazada por el Parlamento Europeo.

En un caso una acción en la red masiva no causó efectos, al menos en el corto plazo, mientras la otra sí que permitió que la acción se transformara en una realidad legislativa. Incluso acciones en la red que ya son históricas (hablamos de inicios de esta década) como la organización de

ISBN 978-84-694-0081-4

los activistas antiglobalización necesitaron trasladar su acción al mundo analógico y hacerlo de una manera que fuera visible para seducir a los medios de comunicación.

Aún así, no hay que desdeñar los movimientos “únicamente de la red” ya que las redes sociales y los blogs se están configurando como un espacio para el activismo social y político de per se. Capaz de alterar o reproducir lo que los filósofos llaman el “zeitgeist de la época” o sea, aquellas ideas preconcebidas que forman parte del “sentir común” de los ciudadanos. Son estos “zeitgeist” o “pensamientos convencionales” los que pueden facilitar o dificultad acciones sociales en el presente y en el futuro. El ejemplo del #manifiesto es evidente: se ha formado una corriente cultural más mayoritaria que la que defienden las entidades de gestión de derechos de autor. A pesar que el lobby de internet no ha conseguido un cambio en la legislación sí que ha logrado hacer mayoritaria su postura en la sociedad o en un ámbito concreto de la sociedad. Esa forma de conseguir hegemonías culturales en un marco social (utilizando la terminología de Bourdieu) es lo que realmente puede conseguir la acción 2.0 y es lo que le confiere su fuerza.

En este sentido se entienden que las organizaciones y las instituciones de la modernidad industrial se hayan volcado a querer participar de la mal llamada “conversación en la red”, no se están jugando unas elecciones, o el éxito de una huelga general, el resultado de que salga adelante o no una ley, sino que se juegan su futuro como instituciones y organizaciones. Se juegan que los valores y proyectos que ellas representan sean o no una obsolescencia en este entorno tan volátil pero a la vez capaz de conseguir alterar el “poso social” o el “zeitgeist”.

La acción social en las redes sociales no tiene capacidad por sí sola de llevar a cambios legislativos, pero sí, en una acción más a largo plazo es un foro lo suficientemente amplio, con una capacidad muy dispersa y descentralizada de generar discurso y por tanto de condicionar los valores y pensamientos mayoritarios de la sociedad. Actualmente en la red emergen los combates ideológicos más duros porqué actores sociales que no estaban en contacto entre ellos por otros medios (la sociedad mediatizada evita que discursos muy dispares salgan a la luz, a pesar de su existencia, y por tanto muchos ciudadanos no interactuaban con personas con posturas enfrentadas a las suyas) ahora lo están, y son conscientes que sus discursos entran en competencia.

El activismo social en la red tiene dos vertientes claras que explotar:

ISBN 978-84-694-0081-4

a) El corto plazo capaz de conseguir canalizar la voluntad volátil y puntual de los ciudadanos de la modernidad líquida hacia una causa.

b) El largo plazo a través de poder condicionar como será el “zeitgeist” en cada momento y conseguir hegemonías culturales.

A medio plazo cualquier acción política o social requiere aún de las organizaciones e instituciones, y por tanto de las formas de acción social de la modernidad industrial. Aunque los teóricos del postmodernismo dan por finadas las organizaciones e instituciones de la modernidad industrial y en el debate público están en cuestión hoy más que nunca, estas organizaciones e instituciones tienen un rol hoy y en el futuro ya que la alternativa de la acción social en la red 2.0 no tiene esa capacidad de transformación social a medio plazo ni hay ninguna organización o institución alterntaiva que esté emergiendo para cubrir esas necesidades.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

VIII. Redes paralelas: internet como agente de separación

Roger Senserrich

lorem-ipsum.es/blogs

materiasgrises - @egocrata

Una de las grandes esperanzas de los primeros tiempos de internet es cómo la facilidad de comunicación enriquecería el debate. La naturaleza abierta y simétrica de la red, la facilidad con la que es posible enlazar, responder, comentar y publicar respuestas debían abrir la puerta a discusiones públicas de todas las posiciones, creando una proceso de deliberativo descentralizado de forma natural.

Como todo en este mundo, de la teoría a la realidad ha acabado habiendo un buen trecho, y parece que la red, como instrumento de debate, ni siquiera ha sido capaz de quedarse a medias. En el año 2005, Lada Adamic y Natalie Glance decidieron dibujar un mapa de enlaces de la blogosfera política americana en los meses que precedieron las elecciones presidenciales del 2004, repasando sólo conexiones permanentes (blogrolls). El dibujo resultante[311] no es demasiado sorprendente: los comentaristas de izquierdas enlazan a comentaristas de izquierdas y viceversa, en un patrón bastante previsible. Lo que es realmente significativo, sin embargo, es la tremenda división entre los dos grupos – tenemos dos continentes separados que apenas hablan entre ellos, con unas cuantas islas perdidas en el centro. No hay debate.

Si bien estudios posteriores han dado mapas de enlaces un poco menos deprimentes[312] (en gran medida porque la gran fuente de enlaces para ambos bandos resulta ser los medios de comunicación clásicos), la estructura general del debate de la red parece seguir un patrón relativamente bien marcado. Los comentaristas tienden a conversar y enlazar gente de su cuerda, a menudo dándose la razón mutuamente, o como mucho matizando una posición allegada. Cuando se dirigen a gente del otro bando es para

[311] http://www.visualcomplexity.com/vc/project.cfm?id=227

[312] http://politicosphere.net/map/

ISBN 978-84-694-0081-4

criticar, casi siempre añadiendo su voz a un escándalo colectivo que preocupada mucho a gente que piensa como él. La participación en redes sociales sigue esencialmente el mismo esquema, igual que la lectura de bitácoras y otros medios en la red.

No debería ser una sorpresa, ciertamente – del mismo modo que los votantes conservadores leen la prensa conservadora, la participación en la red también nos lleva a reforzar nuestros sesgos cognitivos de modo parecido. La única diferencia, en este caso, es que la variedad de opiniones es tal que es relativamente sencillo encontrar comunidades y medios en internet increíblemente específicos a los gustos y preferencias de cada individuo. Si uno se las da de progre economicista que cree que la redistribución de la renta es eficiente y que valora especialmente la vida urbana y el transporte público, a buen seguro hay unas cuantas bitácoras para usted ahí fuera. Es simplemente cuestión de buscar.

La expresión "hacer campaña política en internet" es, de hecho, básicamente absurda. En internet no podemos hablar de un público, una red social, un mensaje o realmente una sola campaña. La tremenda, increíble capacidad de fragmentación del debate en la red se traduce en la necesidad de tener no un mensaje único, sino una tremenda variedad de detalles, guiños y señales para un montón de colectivos distintos.

El partido republicano en Estados Unidos es, como de costumbre, uno de los maestros en esta práctica de mensajes especializados. Los conservadores practican algo que se le ha llamado, de forma un tanto despectiva, dog-wistle politics, política de silbato para perros. Un discurso político habitual de este partido tiene, esencialmente, dos niveles – uno explícito, con propuestas claras y generales para el público en general, y uno implícito, con una serie de señales en "código" que sólo es obvio para los votantes especialmente obsesionados con un tema determinado. Un ejemplo clásico es cuando un político dice que defiende "los derechos de los estados". Para el oyente medio, esto suena como descentralización; para un oyente de la derecha religiosa americana, sin embargo, es una señal que el candidato prefiere regular cosas como el aborto a nivel estatal, no federal – o en otras palabras, prohibirlo.

En campañas recientes, los conservadores americanos (y, en menor medida, los demócratas) ha extendido esta clase de tácticas a la red, en ocasiones con un éxito considerable. Mensajes muy específicos, con una audiencia muy definida, que son básicamente por el público en general (el

impuesto de sucesiones o el derecho a llevar armas es muy secundario para casi todos los votantes) pero que puede ser utilizado para movilizar de forma muy efectiva grupos de votantes que tienen esos temas como prioridad.

El resultado, por descontado, tiene poco que ver con un debate abierto, simétrico y colectivo, y mucho con una segmentación deliberada de los votantes y mensajes. Como todo, tiene sus desventajas (hay algún micro-tema que puede estallarte en la cara, como mensajes raciales), pero es una parte importante del futuro de la política en internet: decir a los votantes exactamente lo que quieren oír, ni más ni menos.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

CUARTO. RESPONSABILIDAD Y PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS CONTENIDOS EN LA RED

ISBN 978-84-694-0081-4

En este cuarto grupo, se incluyen siete estudios, a saber:

1. “Sobre la necesidad de revisar el marco legal de exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación”, por Miquel Peguera Poch.

2. “Responsabilidad civil por contenidos en la red: LSSICE y Ley de Prensa y responsabilidad civil por hecho ajeno”, por Pedro Grimalt.

3. “La responsabilidad de los PSSI y la libertad de expresión. Jurisprudencia reciente”, por Angela Rojas.

4. “La lucha de la Asociación de Internautas por la libertad de expresión en Internet, frente a la SGAE”, por Ofelia Tejerina Rodríguez.

5. “La extensión de la libertad de expresión a los usuarios de la red y la amenaza de la Ley de Economía Sostenible”, por Javier Maestre Rodríguez.

6. “La propiedad intelectual, ¿una amenaza para la neutralidad de la red?”, por Rafael Soler Muñoz y Rodolfo Hernández Carrión..

7. “La quintesencia de la quinta libertad: libre utilización de las obras protegidas por la propiedad intelectual en educación e investigación”, por Javier Plaza Penadés.

ISBN 978-84-694-0081-4

I. Sobre la necesidad de revisar el marco legal de exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación

Miquel Peguera Poch

Profesor de Derecho Mercantil

Universitat Oberta de Catalunya

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado “Audios y vídeos del Congreso”.

Resumen:

El estudio analiza el sistema de responsabilidad por contenidos ilícitos en internet y las exclusiones. Se sigue la regulación española a la luz de la Directiva europea y la situación y problemas que se dan en España. Se observan los casos de otros países y el estado del proceso de revisión de la Directiva.

Palabras clave: *responsabilidad civil, ilícitos en internet, prestadores de servicios de la sociedad de la información.*

1. A modo de introducción

El espectacular desarrollo de Internet aparece como una combinación de creatividad y de incertidumbre. La red se revela como un imparable tsunami frente al que cualquier estrategia de control resulta ineficaz, pero a la vez, sus vulnerabilidades se hacen patentes cada día con mayor claridad. Los últimos episodios de revelación de informaciones supuestamente secretas, los intentos de impedir su difusión por parte de gobiernos y empresas, así como los subsiguientes ataques contra estas últimas por parte de colectivos anónimos, son una muestra de la doble dimensión de fortaleza

ISBN 978-84-694-0081-4

y fragilidad que parece inherente a esta gran trama descentralizada de comunicaciones.

Por otra parte, son cada vez más las facetas de la vida diaria que se hallan mediatizadas por la red. En la red están nuestros datos, públicos y menos públicos; nuestras comunicaciones personales y profesionales. Cualquier cosa que hacemos o decimos sube fácilmente a la nube en forma de fotografía, vídeo, comentario, enlace. Y en la nube se queda, resistiéndose a desaparecer, de modo que el supuesto “derecho al olvido” resulta en la práctica poco menos que quimérico. Los nodos, servidores y aplicaciones de la red conocen nuestros gustos y preferencias, se encargan de almacenar historiales de búsqueda, cruzan y crean perfiles, invaden ámbitos privados. Los usuarios empleamos los nuevos servicios sin saber realmente cómo nos afectarán a largo plazo y en buena medida convalidamos irreflexivamente una progresiva disminución de nuestra intimidad empujados por la propia dinámica de las comunicaciones digitales.

En este mundo de impredecible transformación, los efectos en el plano jurídico resultan también difíciles de anticipar. La aplicación de las normas vigentes a un escenario tan sumamente cambiante tropieza con importantes dificultades. Por una parte, los supuestos de hecho previstos en las leyes son a menudo desmentidos por una realidad que ya no es la que contempló el legislador al tiempo de elaborar la norma. Por otra, la naturaleza extraterritorial o global de la red no se compadece con los sistemas legales basados en la soberanía territorial.

Y sin embargo, no dejamos de elaborar, proyectar y aprobar normas específicamente dirigidas a reglamentar las actividades online; una tarea que si bien en algunos campos resulta necesaria, no deja de ser una misión harto compleja. En efecto, el legislador se enfrenta al reto de producir normas que resulten eficaces en la práctica, sin quedar obsoletas desde el mismo instante de su entrada en vigor, y que no den lugar a efectos desmedidos o a consecuencias negativas no previstas, desbordando la racionalidad en que se basó su promulgación. En buena medida, la tarea de evitar consecuencias prácticas indeseables pesa sobre los jueces y tribunales que se encargarán de la aplicación de las normas, pero los resultados no son siempre satisfactorios, como tampoco lo es el insuficiente nivel de seguridad jurídica que pesa sobre las actividades online.

ISBN 978-84-694-0081-4

2. Seguridad jurídica y reglas de exclusión de responsabilidad

La seguridad jurídica fue una de las primeras preocupaciones del legislador, en los inicios de desarrollo de la web a mediados de los años noventa. Se hizo enseguida evidente la necesidad de contar con un marco que otorgara a los operadores y proveedores de servicios de Internet una cierta garantía de que no serían declarados responsables de los actos ilícitos llevados a cabo por los usuarios. Las primeras decisiones judiciales habían hecho saltar la alarma y se empezaron a diseñar fórmulas que protegieran a los operadores frente a un riesgo excesivo en términos de responsabilidad, que a la postre supondría un obstáculo para el desarrollo de la red y para la aparición de nuevos servicios. Se quería ofrecer seguridad jurídica a los proveedores de acceso, gestores de *news groups*, foros, *bulletin boards*, servicios de alojamiento de webs, directorios o buscadores. Estos y otros servicios iban a permitir la circulación de todo tipo de contenidos por la red y parecía necesario despejar las dudas sobre las responsabilidades que podrían exigirse a estos intermediarios por los materiales ilícitos o nocivos que transitarían o se almacenarían en sus sistemas.

Las soluciones fueron diversas en los distintos ordenamientos. La opción del legislador europeo se plasmó en la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico, de 8 de junio de 2000, en la que se establecieron una serie de exclusiones de responsabilidad (artículos 12 a 15). Para ello se tomó como modelo una ley aprobada en Estados Unidos en 1998, la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), una norma compleja que otorga a los proveedores de servicios ciertas exclusiones de responsabilidad en materia de propiedad intelectual, por los contenidos infractores que envían los usuarios. La DMCA no aborda de modo general la responsabilidad de los proveedores, sino que se limita al campo del *copyright*; para otro tipo de contenidos ilícitos ya se había aprobado en 1996 una norma que de modo muy amplio exime de responsabilidad a los intermediarios, la Sección 230 de la *Communications Decency Act*. Aunque el legislador europeo siguió el esquema básico de la DMCA, amplió su ámbito de aplicación a todas las áreas del Derecho, configurando así una normativa horizontal o transversal de exclusión de responsabilidad, que no se limita a un determinado tipo de material ilícito sino que otorga una cobertura general, con independencia del tipo de ilicitud del contenido intermediado (ya sea vulneración de propiedad intelectual, difamación, competencia desleal, infracción de marcas, etc.)

ISBN 978-84-694-0081-4

Las reglas de exclusión de responsabilidad fijadas en la Directiva 2000/31 serían más tarde incorporadas a los ordenamientos de los Estados Miembros; en el caso español, mediante la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, de 11 de julio de 2002 (LSSICE), artículos 13 a 17.

El sistema contempla diversos tipos de actividades de intermediación y fija unos requisitos cuyo cumplimiento garantizará al prestador quedar libre de responsabilidad por los contenidos ilegales de terceros. Las actividades que se benefician de este régimen son los servicios de acceso y transmisión de datos en redes de comunicaciones (art. 14 LSSICE), el sistema de *caching* que algunos operadores emplean en el marco de los servicios de transmisión de datos (art. 15), el alojamiento de datos proporcionados por los usuarios (art. 16) y, por último, la provisión de enlaces y de instrumentos de búsqueda (art. 17), una actividad para la que la Directiva no había previsto ninguna exención, pero que la ley española decidió añadir, como hicieron también otros países de la Unión.

3. Dificultades de interpretación y aplicación

Si bien en diversos sentidos la regulación ha resultado útil como protección frente a potenciales responsabilidades del prestador de servicios, el objetivo de armonización y de seguridad jurídica perseguido por la Directiva parece lejos de haber sido alcanzado. En términos generales, las reglas de exclusión de responsabilidad han venido planteando dificultades de interpretación y de aplicación, agravadas en algunos casos por la diversidad de transposiciones nacionales, que no han sido todo lo homogéneas que cabía esperar.

Tales dificultades se hacen patentes, por ejemplo, al tratar de la noción de "conocimiento efectivo" en el caso del alojamiento de datos. La exclusión de responsabilidad para esta actividad se condiciona al hecho de que el alojador carezca de "conocimiento efectivo" de la ilicitud de los contenidos almacenados. Sin embargo, la Directiva no define qué deba entenderse por conocimiento efectivo. Sí lo hace la ley española, aunque en unos términos tan restrictivos que parecen difícilmente compatibles con la norma europea. Más difícil todavía resulta dilucidar cuándo concurre el requisito de que el alojador "no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter

ISBN 978-84-694-0081-4

ilícito", un requisito que la Directiva (art. 14) impone para conceder la exención de responsabilidad frente a acciones de reclamación de daños y perjuicios, y que no ha sido recogido por la ley española.

También plantea problemas el deber de retirar materiales ilícitos como condición para quedar libre de responsabilidad. La norma prevé que en el caso de tener conocimiento de la ilicitud de los materiales, el prestador sólo podrá beneficiarse de la exclusión de responsabilidad si actúa con diligencia para retirar esos materiales. Ahora bien, en la medida en que el conocimiento de la ilicitud no es algo fácil de determinar, el intermediario puede quedar convertido en un involuntario juez que deba establecer si una concreta información incurre en algún género de ilicitud, función que lógicamente no debería corresponder a estos operadores. En la práctica, el sistema puede incentivar la autocensura, esto es, la decisión de retirar materiales ante la más mínima queja, sin valorar si se trata realmente de contenidos ilícitos, con el consiguiente perjuicio para la libertad de expresión.

Otro de los elementos que presenta dificultades de interpretación es el propio ámbito de aplicación de la norma de exclusión de responsabilidad por alojamiento de datos. En efecto, no siempre es fácil determinar si estamos ante un verdadero supuesto de alojamiento o si nos hallamos ante una actividad distinta a la que no sería de aplicación la exclusión de responsabilidad. Este tipo de cuestiones se plantea en especial en los servicios prestados por plataformas web 2.0 como eBay o YouTube, o en relación con el "alojamiento" de comentarios en blogs y foros.

Tampoco las obligaciones de cesación que cabe imponer al prestador resultan claras. La Directiva prohíbe en su artículo 15 que los Estados puedan imponer a los intermediarios obligaciones "generales" de supervisión o control, pero admite que puedan establecerse obligaciones de carácter específico (cfr. Considerando 47), lo que constituye de nuevo un concepto jurídico indeterminado. Aunque no se impide que se dicten órdenes de cesación contra el prestador, a la vista de la prohibición de imponer deberes generales de supervisión no es claro hasta dónde puede llegar esta obligación, especialmente cuando se quiere exigir al prestador que evite que los materiales ilícitos ya retirados reaparezcan en el futuro.

ISBN 978-84-694-0081-4

4. La situación en España

En los años que lleva en vigor la LSSICE, el número de litigios planteados en España sobre la posible responsabilidad de prestadores de servicios por los contenidos de terceros es relativamente escaso, y no siempre ha conllevado la aplicación de las normas de dicha Ley. Ciertamente, el número exacto, o aun aproximado, de acciones entabladas es difícil de determinar, pues en muchos casos se trata de procedimientos que no llegan a la segunda instancia y que por tanto difícilmente trascienden ya que no suelen aparecer en las bases de datos de jurisprudencia.

Hasta el momento, al margen de los procedimientos en los que todavía no ha recaído resolución judicial, tengo constancia de unos cincuenta casos (la relación de casos y resoluciones puede consultarse en http://responsabilidadinternet.wordpress.com/resol_jud/). Aproximadamente la mitad se refieren a presuntas difamaciones por comentarios aparecidos en blogs y foros; la mayoría en vía civil, como atentados contra el derecho al honor, y algunos en vía penal por injurias o calumnias. La otra mitad de los casos, aproximadamente, se refieren a propiedad intelectual, y en particular a páginas que ofrecen enlaces para la descarga de contenidos infractores.

En casi todos los casos de propiedad intelectual se ha concluido que el demandado no era responsable, pero no siempre como consecuencia de la aplicación de la LSSICE, sino que a menudo ha sido simplemente porque la actividad en cuestión (por ejemplo la mera provisión de enlaces) no se ha considerado constitutiva de infracción de acuerdo con la Ley de Propiedad Intelectual. En los casos relativos al derecho al honor, los resultados han sido muy desiguales. En algunas ocasiones ni siquiera se llegó a considerar la aplicabilidad de la LSSICE. en otros se entendió que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen prevalece sobre las exenciones de responsabilidad de la LSSICE. Pero, sobre todo, se dieron interpretaciones diversas de la noción de conocimiento efectivo del artículo 16 LSSICE. En algunos casos se siguió la interpretación estricta que parece reservar la existencia de tal conocimiento a los supuestos en que se haya dictado previamente una resolución que declare la ilicitud de los contenidos, y en otros se adoptó una interpretación más amplia, que permite apreciar que hay conocimiento efectivo aunque no se den los supuestos aparentemente tasados que fija la LSSICE.

ISBN 978-84-694-0081-4

Se han dictado ya dos sentencias en casación. Los dos casos son procedimientos civiles por atentado contra el honor de las personas (el caso SGAE contra la Asociación de Internautas, Sentencia 773/2009 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de diciembre, y el caso *Quejasonline*, Sentencia 316/2010 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2010). Ambas sentencias son del mismo ponente y siguen el mismo criterio en cuanto a la aplicación de las reglas de la LSSICE, a pesar de que llegan a resultados contrarios en atención a las circunstancias de hecho.

En la primera, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia de Madrid que condenaba a la Asociación de Internautas a indemnizar a los demandantes por el alojamiento de una web de contenidos difamatorios. El Alto Tribunal considera que la condena no infringe la norma de exclusión de responsabilidad de la LSSICE. Se trata de una sentencia particularmente relevante, al ser la primera ocasión en que el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de interpretar y aplicar las normas de la LSSICE en materia de responsabilidad. En especial, el interés de la sentencia reside en que aborda la debatida cuestión de la noción legal de “conocimiento efectivo”, un punto sobre el que existían pronunciamientos divergentes de los tribunales inferiores. El TS considera que debe entenderse en un sentido amplio, superando los límites estrechos que parece fijar la LSSICE, y señala que una interpretación más restringida sería contraria a la Directiva.

En el caso *Quejasonline*, el TS revoca la sentencia de la Audiencia, que condenaba al demandado. El TS entiende –a la vista de los hechos probados– que el prestador no tuvo conocimiento del contenido ilícito hasta que le fue comunicado, y que una vez lo tuvo retiró el contenido. Concluye por tanto que el demandado cumplía con los requisitos de la exclusión de responsabilidad prevista en la LSSICE, cosa que la Audiencia no supo o no quiso tener en cuenta.

El criterio del Tribunal Supremo favorable a una interpretación amplia del conocimiento efectivo ha sido aplicado ya en resoluciones posteriores de otros órganos jurisdiccionales. Así, cabe destacar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 20 de septiembre de 2010, en el caso de Telecinco contra YouTube. Se trata de un caso interesante en el que se discute si YouTube reúne los requisitos para ampararse en la exención de responsabilidad por alojamiento de datos, en relación con los videos de Telecinco subidos sin autorización por los usuarios. En particular se debate si

ISBN 978-84-694-0081-4

el titular de derechos debe identificar específicamente cada uno de los videos supuestamente infractores o si debe correr a cargo de YouTube la tarea de localizar tales videos para retirarlos de su plataforma. El Juez considera que debe ser el titular de derechos, en este caso Telecinco, quien identifique y comunique a YouTube los videos concretos que infringen sus derechos de autor. Una vez identificados y notificados a YouTube, este pasa a tener conocimiento efectivo –en el sentido amplio preconizado por el Tribunal Supermo– y en consecuencia debe remover tales materiales si desea ampararse en la exclusión de responsabilidad de la LSSICE.

Si bien la clarificación del Tribunal Supremo sobre la noción de conocimiento efectivo resuelve las dudas de interpretación, no es menos cierto que el escenario resultante no se caracteriza por un elevado grado de seguridad jurídica, como no lo es tampoco el que se deriva de la propia Directiva, la cual, recordemos, adopta un concepto de conocimiento muy general e indeterminado, incluyendo el conocimiento meramente circunstancial.

5. Casos en otros países de la UE

La aplicación de las normas de exclusión de responsabilidad ha dado lugar también a resultados divergentes y en ocasiones sorprendentes en otros Estados Miembros que suscitan dudas sobre la bondad o la eficacia del sistema de la Directiva.

Uno de los casos más llamativos en el último año fue la condena de tres directivos de Google en Italia a raíz de un video colgado en la plataforma de Google Video en el que se mostraba a un chico autista siendo vejado por sus compañeros. A pesar de que Google retiró el video tan pronto como tuvo conocimiento del mismo, el Tribunal Ordinario de Milán, en sentencia de 24 de febrero de 2010, condenó a los tres directivos a seis meses de prisión. El resultado parece contradecir el objetivo de las normas de exclusión de responsabilidad establecidas en la Directiva. Sin embargo, en sentido estricto el tribunal no incumplió estas reglas, ya que no imputó a los directivos de Google la responsabilidad del daño causado por la difusión del video, lo que estaría vetado por dichas reglas de exención, sino que les condenó por no haber cumplido adecuadamente con las normas de la legislación italiana sobre protección de datos, cuyo incumplimiento puede acarrear sanciones penales. En concreto, el tribunal adujo que Google Video no advertía de

ISBN 978-84-694-0081-4

modo suficientemente prominente en su sitio web que quienes suben clips en los que aparecen datos personales de terceros, como lo son las imágenes, deben contar con el previo consentimiento de estos para subir el archivo a la plataforma. Sin embargo, y al margen de que la sentencia parece incurrir en alguna incorrección en la propia aplicación de la ley italiana de protección de datos al vincular la sanción penal con el incumplimiento de ese concreto deber de información, el resultado final difícilmente puede desvincularse del hecho material subyacente, esto es, de la aparición del video vejatorio, hecho por el que la Directiva (así como la ley italiana de transposición) no permitiría imponer responsabilidad al intermediario que ha cumplido con las condiciones de la exención.

Otra decisión judicial sorprendente fue la dictada contra Google en Francia por las asociaciones que realiza el programa *Google Suggest*. Aunque no se trata propiamente de una actividad incluida en las exclusiones de responsabilidad de la Directiva, el resultado choca de nuevo con el objetivo de otorgar seguridad jurídica a los operadores de servicios de intermediación. El buscador de Google incluye desde 2008 una funcionalidad (*Google Suggest*) por la que, a medida que el usuario empieza a introducir las palabras que desea buscar, aparecen sugerencias para completar la frase, en función de las búsquedas más habituales realizadas por otros usuarios. Se trata, naturalmente, de una función automática, que sin embargo puede dar lugar a resultados desagradables. En el caso concreto, un ciudadano francés había sido condenado por corrupción de un menor, pero se trataba de una sentencia que no era firme todavía. Al introducir el nombre de esa persona, “sr. X..”, el buscador sugería completar la frase como “sr. X … violador”, o términos similares. El *Tribunal de Grande Instance de Paris*, en sentencia de 8 de septiembre de 2010, consideró que esta asociación era constitutiva de difamación y condenó al CEO de Google, Eric Schmidt, como “director de la publicación”. El tribunal no aceptó el argumento de que las asociaciones de *Google Suggest* son resultados neutros de un algoritmo, y entendió que podían haberse evitado. En parte, esto se debió a que en efecto Google aplica filtros para bloquear algunos resultados, por ejemplo los de pornografía infantil. Sin embargo, esto no implica que los demás resultados no sean neutros; parece ciertamente una mala solución que para que el sistema en su conjunto pueda ser interpretado como neutro el buscador deba renunciar a filtrar determinados resultados particularmente ultrajantes.

ISBN 978-84-694-0081-4

En otro caso reciente, un tribunal de apelación en Gran Bretaña consideró que la exclusión de responsabilidad por alojamiento de datos podría no ser aplicable cuando existe algún género de moderación posterior de los contenidos por parte del alojador (*Kaschke v. Gray & Anor*, [2010] EWHC 690 (QB), 29 de marzo de 2010). En la visión del tribunal, la remoción de comentarios ofensivos, o incluso la mera corrección de errores gramaticales o tipográficos, podría conducir a perder el beneficio de la exención de responsabilidad, también en cuanto a los contenidos que no fueron objeto de moderación o corrección. De nuevo se trata de una lectura restrictiva que plantea dudas sobre la eficacia del régimen de responsabilidad previsto en la Directiva.

La relación de resultados discutibles o problemáticos podría alargarse con otros ejemplos de tribunales nacionales. Por otra parte tampoco parece de especial ayuda la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha realizado del artículo 14 de la Directiva. En el único caso en que por el momento se ha ocupado de esta cuestión (la sentencia del caso *Google France*, de 23 de marzo de 2010, en los asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08) el Tribunal señala que el artículo 14 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que la exención se aplica cuando el intermediario “no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados”. Se refiere en particular al servicio de presentación de anuncios del sistema Adwords de Google, y considera que los anuncios están siendo “alojados” por Google, quien podría beneficiarse de la exclusión de responsabilidad si cumple aquellas condiciones de falta de conocimiento y de control. El problema es que estos conceptos son muy indeterminados, además de que hay un error en la base legal que emplea la sentencia para establecerlos, ya que se apoya en el considerando 42 de la Directiva que, a pesar de su tenor literal, se refiere exclusivamente al servicio de transmisión y no al de alojamiento. Hay más cuestiones prejudiciales en curso que afectan a las reglas de la Directiva, de modo que habrá que esperar a ver cómo se perfila o consolida esta jurisprudencia.

6. Proceso de revisión de la Directiva

La Directiva establece que cada dos años la Comisión Europea presentará un informe sobre la aplicación de la misma, y que en dicho informe se valorará, en su caso, la conveniencia de reformar el sistema de

ISBN 978-84-694-0081-4

exclusiones de responsabilidad, y en particular la oportunidad de establecer sistemas de notificación y retirada, así como de introducir una exención específica para los servicios de enlaces y localización de información (cfr. art. 21). Hasta el momento, sin embargo, la Comisión no ha presentado más que un informe, en noviembre de 2003 (COM(2003) 702 final), circunstancia a la que no parece ajena la dificultad de valorar la correcta aplicación de las exclusiones de responsabilidad y de unificar criterios en torno a la interpretación del sentido de los conceptos implicados. La Comisión tiene previsto emitir en el primer semestre de 2011 una Comunicación sobre comercio electrónico que abordará los diversos aspectos cubiertos por la Directiva, entre ellos y de modo muy particular, lo referente a las exclusiones de responsabilidad de los intermediarios. A tal efecto, la Comisión lanzó una consulta pública que finalizó el pasado 5 de noviembre y cuyos resultados todavía no se han publicado.

En el marco de este proceso de reflexión, que puede conducir eventualmente a la confección de nuevas reglas o a la adaptación de las actuales, sería importante clarificar algunas cuestiones entorno a este complejo régimen; complejo por la dificultad de hallar equilibrios que satisfagan adecuadamente a los diversos intereses en juego, tanto de los agentes implicados como de la sociedad en general.

En este sentido sería deseable una clarificación que evitara interpretaciones alejadas del propósito de la Directiva, como son aquellas que interpretan *a contrario* las reglas de exclusión de responsabilidad y entienden así que el prestador que no satisface los requisitos establecidos para la exención debe quedar, por ese hecho, obligado a responder por los contenidos. En realidad, el incumplimiento de tales requisitos no produce otro efecto que el de perder la posibilidad de invocar la regla de exención, pero no es en absoluto un criterio de atribución de responsabilidad, atribución que deberán decidir las normas materiales de los diversos derechos nacionales en atención al tipo de ilicitud de que se trate en cada caso. Si bien así se sigue con claridad de la Directiva y también en este sentido se ha manifestado el TJUE, no parece tenerlo tan claro la jurisprudencia española.

Es el momento, también, de decidir si finalmente se establece un sistema de notificación y retirada, como ya apunta la propia Directiva en su artículo 21. Se trata de un mecanismo que puede funcionar bien para algunos ámbitos, como el de los derechos de autor o el de los derechos de

ISBN 978-84-694-0081-4

marca, aunque quizás sea difícil de aplicar de modo general para todo tipo de supuestos.

Convendría también determinar con precisión cuál se quiere que sea el alcance armonizador de la Directiva, y aclarar, por tanto, si una legislación nacional que relaja los requisitos exigidos por la Directiva para disfrutar de la exención es incompatible con la norma comunitaria.

Los supuestos de hecho a los que las exenciones son de aplicación deberían ser objeto también de una mayor precisión. En este sentido sería conveniente despejar las dudas sobre la aplicabilidad de las reglas a los supuestos de almacenamiento distintos del clásico alojamiento de sitios web, y en concreto al almacenamiento y pública accesibilidad de los contenidos suministrados por los usuarios en entornos web 2.0. Del mismo modo deberían resultar mucho más precisos los conceptos de conocimiento efectivo o de obligación general de supervisión.

Por otra parte, parece clara la conveniencia de incluir una norma de exención de responsabilidad que cubra la actividad de provisión de enlaces y de instrumentos de localización de información, algo que ya ha sido anticipado en algunas normas de transposición, entre ellas la española.

Puede ser también la ocasión de plantear si el enfoque completamente horizontal seguido hasta el momento resulta adecuado, o si sería conveniente establecer requisitos o procedimientos específicos para determinados tipos de infracciones, por ejemplo para las relativas a la propiedad intelectual o las referentes a la protección de datos.

Difícilmente se logrará un conjunto de reglas plenamente satisfactorio. Muchos bienes jurídicos están en juego, entre ellos, desde luego, la libertad de expresión, y el equilibrio es sin duda difícil de alcanzar. En cualquier caso, y a pesar de que las exenciones se han fundamentado en el papel teóricamente pasivo de los intermediarios, creo que no debe despreciarse el valor que determinados servicios, especialmente en el ámbito de la web 2.0, pueden aportar con algunas funciones de moderación, cuya puesta en práctica no debería implicar la sanción de la pérdida de la exclusión de responsabilidad.

Por último, si de verdad se pretende ofrecer un marco de libre circulación y prestación de servicios, las reglas deben ser lo suficientemente homogéneas en toda la Unión Europea como para que no se produzcan

ISBN 978-84-694-0081-4

resultados inopinados y divergentes en las diversas jurisdicciones nacionales. En el logro de ese resultado debería empeñarse seriamente la futura versión modificada de la Directiva.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

II. Responsabilidad civil por contenidos en la red: LSSICE y Ley de Prensa y responsabilidad civil por hecho ajeno

Pedro Grimalt

Profesor titular de Derecho civil

Universitat de les Illes Balears

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado “Audios y vídeos del Congreso”.

Resumen:

En esta ponencia se analiza la posible aplicación del régimen de responsabilidad civil por daños al honor y a la intimidad en el ejercicio de las libertades de información y de expresión previsto en la ley de prensa (para la prensa escrita en papel) a la prensa digital. Primero, se comenta la constitucionalidad y vigencia de una ley de 1966 aprobada en unas circunstancias políticas nada favorecedoras de la libertad de expresión y de información: siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, no sólo se afirma la plena constitucionalidad y vigencia del régimen de responsabilidad civil previsto en el art. 65.2 Ley de Prensa, sino que se considera como un pilar básico en la protección del honor, la intimidad y la propia imagen. Segundo, se analiza la posible aplicación del art. 65.2 Ley de Prensa a la prensa digital, concluyéndose de que existe identidad de razón entre la prensa en papel y la prensa digital, y que si el art. 65.2 Ley de Prensa se puede aplicar analógicamente a medios radiotelevisivos, con mucha más razón a la prensa digital. Tercero, se argumenta que en determinados supuestos, el art. 65.2 Ley de Prensa debe considerase ley especial respecto a la LSSICE y, por tanto, de preferente aplicación sobre la LSSICE. Cuarto, se finaliza este escrito tratando el criterio de imputación del art. 65.2 Ley de Prensa, responsabilidad civil por culpa, pero que, en algunos casos, debe ser matizado, entrando en juego la idea del riesgo, pero a su vez, doctrina del riesgo que puede ser matizada por la doctrina de las cartas al director.

ISBN 978-84-694-0081-4

Palabras clave: *libertad de información, libertad de expresión, intimidad, honor, propia imagen, responsabilidad civil, ley de prensa.*

1. Introducción

Antes de empezar mi intervención (y mi escrito) en este foro (en esta publicación), al hilo de lo que se ha venido comentando, quiero hacer unas reflexiones muy breves sobre las libertades de información y de expresión en Internet.

Creo que no descubro nada si afirmo que Internet facilita enormemente el ejercicio de las libertades de información y de expresión, y muy especialmente a los ciudadanos; ahora bien, no creo que Internet pueda considerarse como la panacea para dichas libertades, porque, por una parte, precisamente esta facilidad para poner en circulación “información” en la red puede implicar exceso de información y/o información contradictoria que se puede traducir en desinformación, y, por otra, cada vez más se van perfeccionando los medios de control de nuestros movimientos en la red, tanto por parte de los poderes públicos como incluso por parte particulares, control que puede condicionar las páginas a visitar en la red (quizás exagerando un poco, aunque no lo creo muy alejado de la realidad, el que se pueda saber qué tipo de prensa digital consulto en Internet, a lo mejor y para evitar que me encasillen en una determinada opción ideológica, me obliga a una autocensura, frente al anonimato que supone ir a comprar la prensa en un quiosco).

Personalmente no creo que Internet aporte nada especial al contenido esencial de las libertades de información y de expresión, aunque sí al modo de ejercitar dichas libertades. Comento esto porque se ha estado haciendo mucho hincapié en que Internet nos obliga a revisar el contenido de la libertad de expresión y de información y así estas libertades también deberían amparar a los ciudadanos y no sólo a la llamada prensa, o se está afirmando que la libertad de expresión o de información debe ir más allá que proteger informaciones de relevancia pública o que afecten a personas públicas, pues los ciudadanos deben poder expresar sus ideas, sus inquietudes, dar información de cualquier cosa, al margen de su relevancia pública.

Es cierto que los ciudadanos ahora pueden ejercitar mejor su libertad de expresión y de información a través de la red, pero estos ciudadanos son titulares de dichas libertades al margen de Internet: la red de ninguna de las maneras ha condicionado la titularidad de las libertades del art. 20 CE (y el ejemplo más claro está en la doctrina de las cartas al director, a la que me referiré más adelante), sino que ha facilitado su ejercicio.

Respecto a las informaciones protegidas por la libertad de información, también creo que es un debate al margen de la red: yo no veo inconveniente en que la libertad de información puede proteger cualquier "contenido informativo". Ahora bien, cuestión distinta es qué informaciones quedan amparadas por el art. 20 CE cuando éstas suponen una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen; en este caso, creo que resulta claro no son lo mismo una información que pueda tener trascendencia para la sociedad (o en el seno de la comunidad en la que se divulga la noticia), que pueda contribuir a la formación de la opinión publica y que, además, afecte a "personalidades públicas que ejercen funciones públicas" (o a personas que resultan implicadas en asuntos de relevancia o interés público), y la divulgación de una fotografía de un "vecino de escalera" que no ejerce ningún cargo público sin autorización de este vecino[313]. Aunque la difusión de estas informaciones pudiera se considerado como un ejercicio de la libertad de información, a mí me resulta obvio que los valores que están en juego en cada una de estas informaciones son muy distintos, y eso sí que es lo relevante a efectos de justificar la intromisión en los derechos del art. 18.1 CE (la libertad de información debe prevalecer en el primer caso –relevancia pública de la información-; mientras que la intimidad debería prevalecer sobre la libertad de información, si es que estuviera amparado, en el segundo de los casos); en definitiva, no creo la cuestión deba centrarse en qué informaciones están protegidas por la libertad de información (pues cualquier información podría estarlo), sino que lo relevante es preguntarse en qué casos la información divulgada, en virtud de la libertad de información, debe prevalecer en caso de conflicto con otros derechos legítimos de terceros.

---

[313] Idea ya desarrollada en GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen,* Iustel, Madrid, 2007, págs. 86-94; y también en *Sentencia de 15 de enero de 2010: Protección de los contenidos publicitarios a través de la libertad de información y de la libertad de expresión. Límites a la libertad de información y a la libertad de expresión. Aplicación del art. 217 LEC y valoración de la prueba. Art. 24 CE e inadmisión de pruebas,* Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 84, págs. 1769-1784.

ISBN 978-84-694-0081-4

Esta intervención (este escrito) no pretende en ningún caso sobreproteger los derechos de la intimidad, la propia imagen y el honor frente a la libertad de expresión o la libertad de información, sino que persigue (con mejor o peor fortuna) una correcta ponderación entre los derechos del art. 18.1 CE y las libertades del art. 20 CE, pues así como en otros foros y publicaciones he argumentado, por ejemplo, que las libertades del art. 20 CE pueden superar las limitaciones al tratamiento de datos que impone la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal –LOPD-[314], a partir del contenido esencial de la libertad de información, aquí simplemente se abogará, bajo el amparo de la normativa vigente, por un uso jurídicamente responsable de las libertades de información y de expresión: insisto, no se trata de dar preponderancia a los derechos del art. 18.1 CE o a las libertades del art. 20 CE, sino, como acabo de decir, de buscar un correcto equilibrio, siempre dentro de nuestro marco constitucional y legal, entre unos derechos que son esenciales para la persona (son derechos que emanan de la dignidad humana y que son clave para un correcto desarrollo de la personalidad) y unas libertades imprescindibles en cualquier Estado que quiera calificarse como democrático.

Es más, desde una perspectiva de política legislativa, pienso que exigir jurídicamente un ejercicio responsable de la libertad información y de expresión, muy especialmente respecto a la prensa (ya que goza de una especial protección), puede contribuir a que la prensa sea considerada como "zona de confianza informativa" (la irresponsabilidad podría llevar a la incredulidad ciudadana, con el consiguiente quebranto del efectivo ejercicio de la libertad de información).

[314] Por ejemplo, y aunque referido a la derogada LORTAD (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal), en GRIMALT SERVERA, P. *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales,* Págs. 272-275. La argumentación es perfectamente válida para la vigente LOPD.

ISBN 978-84-694-0081-4

2. Constitucionalidad y vigencia del art. 65.2 de ley 14/1966, de prensa e imprenta, de 18 de marzo (a partir de ahora Ley de prensa): responsabilidad de editores y directores

En este epígrafe[315], se pretende justificar la constitucionalidad y vigencia de la Ley de Prensa a partir de cinco ideas.

Primera idea: Punto de partida. El artículo 65.2 de la Ley de Prensa estableció la responsabilidad civil solidaria de autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros[316] por los daños producidos como consecuencia de las actividades de los medios informativos. Este precepto que fue aprobado bajo unas circunstancias políticas muy distintas a las actuales, ha planteado dudas sobre su vigencia y sobre su ámbito de aplicación.

Segunda idea: El art. 65.2 Ley de Prensa no es contrario a la Constitución. Tras la entrada en vigor de la Constitución, se ha planteado si el art. 65.2 Ley de Prensa ha sido derogada por inconstitucionalidad sobrevenida. La inconstitucionalidad del art. 65.2 Ley de Prensa se ha basado fundamentalmente en dos ideas concatenadas:

Primera: El art. 65.2 no respondería a una finalidad reparadora de los daños causados a la víctima, sino que tendría una finalidad sancionadora[317].

---

[315] Los epígrafes II, III, IV y V no son originales, sino que son un resumen con algún que otro matiz de GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad de los proveedores de información en internet y la Ley 14/1966, de prensa e imprenta*, La responsabilidad de los proveedores de información en internet Comares, Granada, 2007, págs. 41-81.

[316] "La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario".

[317] En los antecedentes de hecho de la sentencia del Tribunal Constitucional 240/1992, de 21 diciembre se dice que "[…] La representación actora denuncia la lesión del derecho fundamental a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión [...]", fundándose entre otros argumentos que el art. 65.2 Ley de Prensa "[...] responde a imperativos políticos dictatoriales y a los principios que inspiraron la Ley de Prensa, siendo incompatible con el principio de libertad de información que rige en el actual sistema constitucional, por lo que debe entenderse tácitamente derogado en aplicación de la Disposición derogatoria tercera de la Constitución. El art. 65.2 no está pensado en la protección a la presunta víctima, que es a lo que se orienta todo el sistema de responsabilidad civil, sino que obedece a un principio sancionador de todas las personas que en él aparecen, extendiendo la responsabilidad de forma desorbitada no sólo al autor, director o editor, sino también a personas que realmente no debieran responder de la información que se está publicando en su medio informativo, como el impresor o el administrador de la persona jurídica en caso de insolvencia. Establecer una responsabilidad objetiva en la forma generalizada del mencionado precepto supone una limitación excesiva y

ISBN 978-84-694-0081-4

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha rechazado que la responsabilidad solidaria del director de la publicación o la responsabilidad del editor sean contrarias a la libertad de información del art. 20 de la Constitución, pues ninguno de los dos es ajeno a la información emitida: "[…] la responsabilidad civil solidaria, entre otros, del director del medio periodístico y de la propia empresa editora se justifica en la culpa in eligendo o in vigilando del editor o del director, dado que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico difunde [...]"[318].

Segunda: La extensión de la responsabilidad civil a los sujetos descritos en el art. 65.2 Ley de Prensa, salvo al autor del texto publicado, tiene como efecto una posible censura previa (prohibida por la Constitución en su art. 20.2), limitando el ejercicio del derecho a la información (si directores, editores, etc., tienen que responder por los hechos de terceros, tendrán que ejercer de censores con el fin de evitar que se les aplique el art. 65.2 Ley de Prensa). El Tribunal Constitucional también rechaza que la responsabilidad de los directores y editores pueda considerarse como una censura previa[319], ya que "[…] la verdadera censura previa consiste en cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido […]"[320]. De esta afirmación parece que puede deducirse sin temor que podrá hablarse de censura previa prohibida en la Constitución (art. 20.2) cuando se produjera una "[...] intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales[321] [...]"[322].

---

vaga a la libertad de información, por lo que su aplicación implica una vulneración del citado derecho fundamental [...]".

318 Sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre; 172/1990, de 12 de noviembre; 240/1992, de 21 diciembre.

319 Sentencias del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 de diciembre; 187/1999, de 25 de octubre.

320 Sentencias del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 de diciembre; 187/1999, de 25 de octubre. Auto del Tribunal Constitucional 212/2000, de 21 de septiembre.

321 Se consideró que lo dispuesto en los arts. 12, que regulaba el depósito de ejemplares de impresos, diarios, semanarios y demás publicaciones periódicas, y 64.2 A), en el que se preveía la posibilidad de secuestrar publicaciones, de la Ley de Prensa, sí que suponía censura previa prohibida en la Constitución: "[...] la Constitución, precisamente por lo terminante de su expresión, dispone eliminar todos los tipos imaginables de censura previa, aun los más débiles y sutiles, que -como apunta la Abogacía del Estado- tengan por efecto no ya el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su artículo 20.1, de lo que se infiere, como conclusión, que, en efecto, los artículos 12 y 64 de la Ley de Prensa constituyen un tipo de censura previa restrictivo del ejercicio de los derechos

ISBN 978-84-694-0081-4

Tercera idea: El art. 65.2 Ley de Prensa es un pilar básico en la protección de los derechos del art. 18 de la Constitución. Es más, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, la aplicación del art. 65.2 de esta Ley no sólo no es incompatible con el derecho de libre información, si no "[...] que este precepto es pieza legal destinada a garantizar la efectiva restitución del honor e intimidad de las personas, bienes jurídicos también amparados por la Constitución, que resulten ilícitamente vulnerados por informaciones periodísticas vejatorias, difundidas fuera del ámbito protector del derecho de información [...]"[323].

Cuarta idea: Aplicación efectiva del art. 65.2 Ley de Prensa. El art. 65.2 Ley de Prensa también viene siendo aplicado tanto por el Tribunal Supremo[324] como por las Audiencias Provinciales[325], lo que pone de manifiesto que ni es un precepto derogado ni es un precepto que haya dejado de tener vigencia práctica.

Quinta idea: Ámbito subjetivo de aplicación del art. 65.2 Ley de Prensa. El art. 65.2 Ley de Prensa extiende su responsabilidad a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros; sin embargo, éste ámbito subjetivo de responsabilidad derivado de la literalidad del art. 65.2 Ley de Prensa merece varias reflexiones que escapan a los objetivos de este escrito, pero sí que parece claro que dicho precepto resulta de aplicación a los directores y editores del correspondiente

del citado artículo de la Constitución [...]" (sentencia del Tribunal Constitucional 52/1983, de 17 de junio).

[322] Sentencias del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 de diciembre; 187/1999, de 25 de octubre.

[323] Sentencias del Tribunal Constitucional 172/1990, de 12 de noviembre; 240/1992, de 21 diciembre.

[324] Pueden verse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 (RJ 1157); 22 de diciembre de 1998 (RJ 10151); de 27 de marzo de 1988 (RJ 1998\2192); de 20 de febrero de 1997 (RJ 1997\1009); de 19 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6717); de 16 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10362); de 14 de diciembre de 1994 (10110); de 4 de octubre de 1991 (RJ 1991\7442); de 30 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6847); de 4 de julio de 1991 (RJ 1991\5234); de 4 de junio de 1990 (RJ 1990\4725); de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989\1213); de 19 de febrero de 1988 (RJ 1988\1119); 1 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9173).

[325] Pueden verse, por ejemplo, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Granada (sección 4ª), de 27 de mayo de 2000 (JUR 2000\268154); de Madrid (sección 13ª) de 26 de enero de 2000 (AC 2000\847); de Almería (sección 1ª), de 20 de febrero de 1999 (AC 1999\4211); de Madrid (sección 11ª), de 24 de marzo de 1998 (AC 1998\4982); de Granada (sección 3ª), de 11 de marzo de 1996 (AC 1996\561); de Asturias, de 31 de mayo de 1994 (AC 1994\898); de Madrid, de 18 de enero de 1994 (AC 1994\233); de Madrid de 17 de enero de 1994 (AC 1994\231); de Madrid de 17 de noviembre de 1992 (AC 1992\1528).

ISBN 978-84-694-0081-4

"periódico". La responsabilidad de directores y editores sería una responsabilidad por hecho ajeno, ya que ellos no son los autores de la información que ha lesionado el honor, la intimidad o la propia imagen de una persona.

3. Aplicación del art. 65.2 la Ley de Prensa a la prensa digital

En este epígrafe, se pretende justificar la aplicación de la Ley de Prensa a la prensa digital a partir de dos ideas.

Primera idea: atendiendo a la realidad social en la que deben ser aplicadas las normas, la Ley de Prensa se puede aplicar a la prensa digital.

Premisa previa: el concepto de prensa que se deduce de la Ley de Prensa es aplicable a la "prensa digital". A mi juicio, se puede afirmar que el concepto de prensa que maneja la Ley de Prensa presenta las siguientes características: a) es un medio para la expresión de opiniones y la divulgación de informaciones; b) sin perjuicio de matizaciones, es un medio cuyas opiniones e informaciones ayudarían a "formar la opinión pública de los ciudadanos"; c) es un medio organizado (empresa periodística), en el que existe una persona que decide qué se publica y qué no (el director); d) es un medio escrito; e) es un medio de divulgación periódica. Estas características son perfectamente trasladables a la prensa digital[326]; entre la prensa en papel y la prensa digital existe una misma *eadem ratio.*

Opinión: La prensa digital está sujeta al art. 65.2 Ley de Prensa. El hecho de que la Ley de Prensa, seguro, sólo tuviera in mente a la prensa escrita, no es razón para negar su aplicación a la "prensa digital" ya que ésta no existía en el momento de la publicación de la ley (por tanto, también se puede estar seguro que la ley no excluía a la "prensa digital"). Además, si la "prensa digital" hubiera existido, ¿realmente uno se puede imaginar que la "prensa digital" hubiera quedado excluida de la ley? Por tanto, interpretando el concepto de "prensa" de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que tienen que ser aplicadas las normas, se deduce que "la prensa digital" está sujeta a la Ley de Prensa y, por ende, al art. 65 de la Ley de Prensa.

---

[326] Que habrá supuestos conflictivos en los que se podrá dudar si estamos ante un medio organizado o no para la expresión de opiniones, sin duda, pero esto no es óbice, obviamente, para poder aplicar la Ley de Prensa a la prensa en Internet (estos mismos problemas se presentan incluso cuando se trata del ejercicio de la libertad de información mediante el formato papel).

ISBN 978-84-694-0081-4

En definitiva, la realidad social del tiempo en el que deben ser aplicadas las normas permite entender que el concepto de prensa abarca no sólo la prensa en papel, sino también digital.

Segunda idea: Los órganos jurisdiccionales han aplicado analógicamente la Ley de Prensa a la televisión y a los programas radiofónicos. En efecto, los Tribunales han extendido la aplicación analógica del citado art. 65 a medios de comunicación "no escritos en papel" como la televisión o la radio; por tanto, si el art. 65 de la Ley de Prensa puede ser de aplicación a los medios de comunicación escrita, con mucha más razón puede aplicarse a la "prensa digital", pues me resulta obvio existe más identidad de razón entre la prensa digital y la prensa en papel que entre los medios de comunicación no escrita y la prensa en papel.

4. Servicios de intermediación y Ley de Prensa

En algunas ocasiones, la prensa digital puede ofrecer unos servicios a sus lectores que por sus características podrían ser subsumidos en el concepto de servicio de intermediación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico –LSSICE-[327], por lo que cabría plantearse si resulta procedente aplicar el régimen de responsabilidad civil prevista para los proveedores de servicios de intermediación en la LSSICE o si lo adecuado es la aplicación del art. 65.2 Ley de Prensa.

Para resolver este posible conflicto de normas, creo que resulta procedente distinguir los supuestos en los que la actividad que puede ser

---

[327] En el Anexo de la LSSICE, apartado a), se define a los servicios de la sociedad de la información como "[...] todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios […]".

Y en el apartado b) del mismo anexo, se define servicio de la sociedad de la información como aquel servicio "[...] por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información.

Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet [...]".

ISBN 978-84-694-0081-4

calificada como servicio intermediación forma parte de la estructura del periódico (es una actividad más de la prensa digital en el ejercicio de la libertad de información) de aquellos casos en los que realmente la actividad es ajena al medio de comunicación digital y éste actúa como verdadero intermediario (el periódico digital sólo actúa como un "lugar de tránsito", como mero enlace, para acceder a una concreta actividad digital, sin que dicha actividad forme parte de la actividad de la prensa digital).

Pues bien, a mi juicio, el art. 65.2 Ley de Prensa es norma especial respecto a la LSSICE, y por tanto el art. 65.2 Ley de Prensa es de aplicación preferente; eso sí, es norma especial siempre que concurran los siguientes requisitos: primero, que el medio de comunicación digital pueda ser calificado de prensa (me remito a las características dadas en el epígrafe anterior); segundo, el servicio que presta el medio de comunicación debe estar integrado en la estructura del periódico; tercero, el servicio que presta el medio de comunicación debe estar encaminado al ejercicio de la libertad de información (por ejemplo, un foro de debate), excluyendo, en principio, los que cumplan otra finalidad (por ejemplo, los servicios de correo electrónico). De forma resumida, considero que el art. 65 de la Ley de Prensa es especial porque:

Primero: la prensa digital tiene un valor añadido que la hace diferente al resto de prestadores de servicios desde la perspectiva de la libertad de información y esto le hace ser desigual en un doble aspecto: por una parte, la prensa goza de una especial protección en el ejercicio de la libertad de información (los medios de comunicación social, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, merecerían mayor protección que otro tipo de medios)[328]**,** pero, por otra parte, y como reverso de esa especial protección de la que goza la prensa en el ejercicio de su libertad de información y de expresión, asume unos deberes de diligencia específicos en aras a la tutela del honor y a la intimidad (y propia imagen) de las personas físicas, cuyo incumplimiento se traduce en una especial responsabilidad plasmada en el art. 65 de la Ley de Prensa. Como ya se ha dicho, el. 65.2 Ley de Prensa ha

---

[328] Véanse las SSTC 136/2004, de 30 de septiembre; 121/2002, de 20 de mayo; 76/2002, de 8 de abril; 154/1999, de 14 de septiembre; 13/1993, de 18 de enero; 227/1992, de 14 de diciembre; 219/1992, de 3 de diciembre; 105/1990, de 6 de junio.

Véanse al respecto las opiniones de RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, ed. Tecnos, Madrid, 1995, págs. 249-252; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Honor, intimidad y propia imagen,* ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 221.

ISBN 978-84-694-0081-4

sido calificado como "[…] pieza legal destinada a garantizar la efectiva restitución del honor e intimidad de las personas […]".

Segundo: los conflictos entre los derechos del art. 18 de la Constitución y de las libertades del art. 20 de la Constitución superan el marco legal, ya sea orgánico ya sea ordinario, para "elevarse" a conflicto entre preceptos de la Constitución[329]. Ello es así porque dichos preceptos constitucionales se pueden invocar directamente sin necesidad de desarrollo legislativo. Pues bien, en la medida en que el art. 65.2 Ley de Prensa se vincula directamente con el conflicto constitucional honor/intimidad/propia imagen *versus* libertad de información/libertad de expresión debe considerarse especial respecto a la LSSICE porque esta última ley regula de forma general los servicios de la sociedad de la información sin atender a las peculiaridades que supone el conflicto entre el honor, la intimidad y la propia imagen con las libertades de la información y de expresión.

Tercero: Ahondando en el argumento anterior, la LSSICE, como ley ordinaria posterior a la Constitución (recordar aquí que la Ley de Prensa ha sido interpretada a la luz de la Constitución), puede regular de forma general la responsabilidad de los servicios de intermediación en la sociedad de la información y puede incidir, pero no regular (que corresponden en exclusiva a la ley orgánica), en los derechos del art. 18 de la Constitución o en las libertades fundamentales del art. 20 de la Constitución. Por tanto, desde la perspectiva de la responsabilidad de los servicios de intermediación, la LSSICE puede considerarse como norma general, pero no, desde luego, como norma que regula conflictos entre derechos fundamentales.

5. Criterio de imputación y algunas doctrinas que condicionan la responsabilidad de directores y editores

En principio, puede afirmarse que la responsabilidad por hecho ajeno de los editores y de los directores que emana del art. 65.2 Ley de Prensa es una responsabilidad subjetiva, que se deriva de una culpa *in eligendo* o *in*

[329] Prueba de ello es que a pesar de tener una norma como la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que delimita los supuestos de agresión a los derechos del art. 18 de la Constitución (art. 7) y las causas de exención de responsabilidad (art. 8), la ley haya sido ampliamente superada al aplicar directamente bien el art. 18 de la Constitución (respecto al art. 7) bien al aplicar el art. 20 de la Constitución (respecto al art. 8).

ISBN 978-84-694-0081-4

vigilando (y así puede deducirse de la jurisprudencia constitucional[330] y de la doctrina de los órganos jurisdiccionales civiles[331]).

Ahora bien, esta responsabilidad por culpa ha sido matizada por el Tribunal Supremo[332], al introducir la idea del riesgo como elemento determinante de la responsabilidad en relación con los programas radiofónicos o televisivos en directo: sin perjuicio de matices, podría decirse con carácter general que los directores de los programas en directo y los medios de comunicación en los que se emite dicho programa responderían de los agresiones injustificadas al honor, a la intimidad o a la propia imagen, realizadas en ese programa, pues si bien es cierto que en los programas en directo las intervenciones de los participantes pueden ser imprevisibles y no controlables, este tipo de programas supondrían un riesgo para los derechos del art. 18 CE, riesgo al que no serían ajenos dichos directores y dichos medios de comunicación, por lo que el fundamento de su responsabilidad, más que en la culpa, estaría en la creación del riesgo originador (el programa en directo) del daño (a los derechos del art. 18 CE).

La doctrina del riesgo, por ejemplo, podría ser aplicada en los foros, en los xats, que los medios de comunicación digital ponen a disposición de sus lectores para que comenten sus noticias. Ahora bien, esta doctrina del riesgo, a su vez, podría ser matizada por la doctrina de las cartas al director, pues los foros, los xats de la prensa digital pueden considerarse el equivalente de la sección "cartas al director" de la prensa en papel. Partiendo de la idea de que es totalmente legítimo que los medios de comunicación escritos dejen un espacio, una sección, para que las personas ajenas al medio de comunicación puedan ejercer su propia libertad de expresión o su libertad de información (las cartas al director son un buen exponente de ello) y resumidamente, dicha doctrina supondría que la responsabilidad de los medios de comunicación por la publicación de la carta dependería de la "diligente identificación", por parte del medio de comunicación, del autor de la carta[333] (aquí también se podrían incluir los casos en los que el director,

---

[330] Sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre; 172/1990, de 12 de noviembre; 240/1992, de 21 diciembre.

[331] Por ejemplo, sentencia de la AP Barcelona, sección 1ª, de 15 de enero de 1999 (AC 3141).

[332] Véanse las sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2004 (RJ 2004\7729); de 23 de julio de 1990 (RJ 1990\6164).

[333] En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 336/1993, de 15 de noviembre (Sala segunda).

ISBN 978-84-694-0081-4

conociendo dicha identidad, se niega a revelar la identidad autor[334]). Este deber de revelar la identidad del autor estaría encaminado a evitar "[…] la creación de espacios inmunes a posibles vulneraciones del derecho al honor constitucionalmente garantizado […]"[335], o del derecho a la intimidad, añado yo[336]. Si el medio de comunicación no ha sido diligente en la identificación del autor, la "carta al director" "[...] no constituye una acción que pueda ser separada de la de su publicación por el medio, [...] [d]e suerte que al autorizar la publicación del escrito pese a no conocer la identidad de su autor ha de entenderse que el medio, por ese hecho, ha asumido su contenido[337] […][338]"

Pues bien, conjugando la doctrina del riesgo y de las cartas al director, podría afirmarse que la prensa digital sería responsable de los contenidos que se viertan en sus foros y xats, salvo que se pueda identificar eficazmente al autor o que la información de la "carta del autor desconocido" justifique una intromisión en el honor o a la intimidad de las personas.

Para finalizar este escrito, simplemente apuntar que no sólo la doctrina del riesgo o la doctrina de las cartas al director son trasladables a los conflictos entre los derechos del art. 18 CE y las libertades del art. 20 CE que se producen en Internet, sino también otras, como por ejemplo la doctrina del reportaje neutral, que podría aplicarse con más o menos matices a los links de la prensa digital, a los *newsletters*, etc[339]. En fin, que "las viejas doctrinas"

---

[334] En este sentido, las sentencia del Tribunal Constitucional 15/1993, de 18 de enero (Sala primera); 336/1993, de 15 de noviembre (Sala segunda).

[335] En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 336/1993, de 15 de noviembre (Sala segunda).

[336] Dicho en otras palabras: las "cartas al director" no pueden ser anónimas, porque de lo contrario, las mismas podrían ser utilizadas como "cobertura" para atentar impunemente contra el honor o la intimidad de las personas.

[337] En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 3/1993, de 13 de enero (Sala segunda). También, en este sentido puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2000 (RJ 2000\5303).

[338] Eso no significa que automáticamente el medio de comunicación sea responsable de intromisión ilegítima, sino que la responsabilidad civil se atribuirá al medio de comunicación si previa ponderación de las libertades de expresión y/o de información se llega a la conclusión de que ha existido intromisión ilegítima en el derecho al honor o a la intimidad de un tercero (en este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 3/1993, de 13 de enero –Sala segunda-).

[339] Como ya he comentado, estas ideas se desarrollan con mayor detenimiento en GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad de los proveedores de información en internet y la Ley 14/1966, de prensa e imprenta*, La responsabilidad de los proveedores de información en internet Comares, Granada, 2007, págs. 41-81.

ISBN 978-84-694-0081-4

que regulan y matizan la responsabilidad por daños causados al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en el ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad de información son perfectamente aplicables, sin perjuicio de matices, en este “nuevo mundo que supone Internet”.

ISBN 978-84-694-0081-4

III. La responsabilidad de los PSSI y la libertad de expresión. Jurisprudencia reciente

Ángela Patricia Rojas

Máster Derecho y TICs Universidad de Valencia

Resumen:

La web 2.0 tiene como principal característica la integración de contenidos por terceros, lo que incentiva la interacción entre el destinatario del servicio y la internet. Esta interacción ha permitido la consolidación de los foros de opinión por ser un espacio abierto en el que se debaten temas en concreto con integración instantánea de comentarios de los participantes, bien sean identificables o anónimos. La dificultad que en ocasiones se tiene para individualizar los autores de los contenidos ha generado importantes discusiones respecto de la responsabilidad que se genera por la vulneración de derechos fundamentales. Este artículo pretende reseñar las aún escasas decisiones emitidas por las autoridades judiciales en España desde el año 2005 a la fecha, respecto de la responsabilidad de quien aloja contenidos de terceros en foros de internet, teniendo como principal referente normativo la Ley de Servicios en la Sociedad de la Información (LSSICE). De esta forma se elaborar un estado de la cuestión que permita establecer qué tratamiento se otorga a los responsables de los foros a la luz del artículo 16 de la LSSICE, normas aplicables y criterios acuñados por la jurisprudencia con el fin de atribuir o eximir de responsabilidad a los titulares de las páginas web de opinión, tanto en la jurisdicción civil como en la penal.

Palabras clave: *Responsabilidad, foros, contenidos ilícitos, libertad de expresión, conocimiento efectivo.*

ISBN 978-84-694-0081-4

1. Los foros de opinión: los retos que sigue planteando para el Derecho la web 2.0

1. 1. Introducción

La Web 2.0[340] o la Web social, como también es denominada, trae consigo una serie de herramientas que buscan facilitar la interacción y colaboración en la generación de contenidos, tanto por los titulares de páginas web como por los destinatarios del servicio identificables o anónimos. El fácil e inmediato acceso que se tiene a la información en internet, aún cuando promueve la consolidación de la sociedad de la información[341], genera cierto grado de incertidumbre respecto de temas puntuales como el anonimato en la red y el grado de responsabilidad que pueden tener los intermediarios por daños derivados de los contenidos proporcionados por terceros anónimos[342]. A pesar de los ocho años de vigencia de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, no se han creado consensos en la jurisprudencia respecto de la interpretación del articulado de la norma para fijar criterios concretos sobre estas cuestiones por lo que no deja de ser un tema actual.

La incertidumbre de los titulares de los derechos fundamentales conculcados por comentarios ilícitos de sujetos desconocidos, ven en el titular de la página web un responsable identificable y aparentemente solvente, por ello como señala Peguera "(…) para los posibles perjudicados por contenidos ilícitos es de suma importancia conocer si pueden dirigir sus pretensiones resarcitorias también contra los que actuaron como intermediarios para la difusión del contenido que ocasionó el daño. En efecto,

---

[340] Respecto al concepto Web 2.0 "La Web dos (punto) cero podría definirse como la promesa de una visión realizada: la Red –la Internet, con mayúscula o minúscula, que se confunde popularmente con la propia Web– convertida en un espacio social, con cabida para todos los agentes sociales, capaz de dar soporte a y formar parte de una verdadera sociedad de la información, la comunicación y/o el conocimiento." FUMERO, Antonio y ROCA, Genís. *Web 2.0*, Fundación Orange, Madrid, 2007, página 10.

[341] "Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que actúan como intermediarios hacen posible que los contenidos (de terceros) circulen, se alojen y sean accesibles en la red, haciendo así de puente entre quienes generan o editan tales contenidos y quienes acceden a los mismos."

[342] Al respecto ver COTINO HUESO, Lorenzo, *El problema de las responsabilidad por los contenidos ilícitos en la web 2.0 y algunas propuestas de solución, 2009,* disponible en http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1478/Itemid,3/

ISBN 978-84-694-0081-4

puede resultar muy difícil obtener la indemnización de quien suministró en el origen los contenidos ilícitos; ya sea por su falta de solvencia, ya sea por tratarse de un internauta anónimo y por tanto ilocalizable. El ISP[343], en cambio, presentará a menudo mayor solvencia económica, y será más fácilmente localizable."[344] Frente a esto, el estudio de las sentencias mostrará como paulatinamente los administradores de foros han asumido una actitud más preventiva, que en criterio de los juzgadores sería diligente, fijando políticas de comportamiento para los participantes del foro y asignando consecuencias a su incumplimiento tales como retirar el mensaje por solicitud de un usuarios e incluso bloquear la IP de la que proviene el comentario.

La característica esencial de los foros[345] en internet, bien sean públicos, protegidos o privados, es que la publicación de los comentarios de los participantes es inmediata, por lo que la labor de los moderadores una vez se hace público el mensaje se limita a hacer un control posterior. La sentencia del caso del foro de Mondoñedo señala "(…) en el foro creado, de manera inmediata y sin tamiz previo, la publicación es instantáneo para generar un debate fluido, sin que los administradores puedan decidir lo que se publica o no (…) en todo caso los contenidos solo pueden ser modificados "a posteriori", es decir una vez publicados."[346] De igual manera en el caso Rankia SL el juzgador de segunda instancia recuerda que "la mecánica de incorporación de los contenidos de los usuarios de un foro de Internet pasa por el registro en el usuario en la web en cuestión y en la introducción de su texto directamente en la página elegida, sin que exista un control previo por parte de los administradores del sitio de debate inmediato, libre y dinámico.

---

[343] Internet service provider. (ISP)

[344] PEGUERA POCH, Miquel, "La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en internet", *Revista de derecho y proceso penal, Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios en internet*, Editorial Aranzadi S.A. Número 8, 2002, páginas 25-62, página 29

[345] "A diferencia de las listas de distribución de correo, el foro utiliza la filosofía *pull* mientras que el correo utiliza la tecnología *push*, es decir, los usuarios acceden al foro cuando quieren tener acceso a la información, y por tanto la solicitan expresamente, mientras que los usuarios de listas de correo manifiestan su interés por adherirse al grupo y posteriormente reciben los mensajes sin la necesidad de peticiones individuales. Así, el usuario de un foro puede acceder a la información de forma esporádica y asíncrona, y sin la necesidad de disponer de una cuenta de correo." PAYERAS CAPELLÀ, Magdalena y CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, "Los servidores de acceso y alojamiento: Descripción técnica y legal", *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Editorial Comares, 2005, páginas 1-28, páginas 19.

[346] Sentencia Juzgado Primera Instancia Número 1 de Mondoñedo número 109/2008, de 5 de noviembre

Consecuentemente, el control sobre la idoneidad, corrección o legalidad de los contenidos ha de ser siempre posterior a su incorporación al sitio, siendo esta obligación de los titulares del mismo a través de los moderadores."[347]

1. 2. Aspectos estudiados en el artículo

El propósito de este artículo es realizar un análisis de las decisiones judiciales, la mayoría de ellas proferidas por Audiencias Provinciales, cuyo objeto de litigio ha sido establecer la responsabilidad de los titulares de dominios de foros en internet donde se alojaron comentarios por parte de terceros por su intromisión ilegítima en los derechos fundamentales, tanto en la jurisdicción civil como penal, para de esta manera fijar los criterios tenidos en cuenta por los jueces para que proceda la exención de responsabilidad contemplada en el artículo 16 LSSICE. De igual manera establecer cómo entiende la jurisprudencia el concepto de *conocimiento efectivo*[348] que tanto debate genera, así como la valoración probatoria que se da a ciertas actuaciones que se puedan denominar diligentes por parte de los titulares de las páginas web que alojan los foros de opinión.

1. 3. Decisiones analizadas en este artículo

Las decisiones que fueron analizadas son las que siguen, en orden cronológico:

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona número 339/2005 (Sección 6), de 24 de mayo, caso Progedsa soluciones.

---

[347] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 181/2010 (Sección 21), de 13 de abril.

[348] "Artículo 16. *Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos* (…) Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntario y otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse." Ley 34/2002, de 11 de junio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, publicada en el BOE núm. 166 el 12 de julio de 2002.

ISBN 978-84-694-0081-4

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 56/2006 (Sección 4), de 18 de mayo, caso foro venganzas online aporellos.com
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares número 65/2007 (Sección 3), de 22 de febrero, caso foro Banyalbufar: i tú que dius
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 278/2008 (Sección 12), de 17 de abril, caso foros jurídicos Jurisweb Interactiva S.L.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 511/2008 (Sección 10), de 16 de julio, caso Veloxia Network S.L.
- Sentencia Juzgado Primera Instancia Número 1 de Mondoñedo número 109/2008, de 5 de noviembre, caso foro mindoniense.com
- Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo número 319/2009 (Sección 2), de 18 de septiembre, caso elcomentario.tv)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 420/2009 (Sección 13), de 22 de septiembre, caso foro anarquista para el debate y contacto directo entre compañeros alabarricadas.org
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo número 538/2009 (Sección 1), de 9 de julio, caso foro mindoniense.com
- Sentencia Juzgado Primera Instancia Número 42 de Madrid número 153/2009, de 23 de septiembre, caso foros rankia.com
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 181/2010 (Sección 21), de 13 de abril, caso foros rankia.com

ISBN 978-84-694-0081-4

2. Casos sobre responsabilidad de los administradores de foros decididos en la jurisdicción civil y penal en España

Es importante tener claro que ni la Directiva 2000/31/CE ni la LSSICE introducen un nuevo régimen de responsabilidad349, lo que en definitiva promueve la coexistencia de las exenciones del artículo 16 de la LSSICE con los diversos regímenes de responsabilidad[350]que siempre han hecho parte del ordenamiento jurídico español. Armonizar esta situación evitarían disparidades en las decisiones tal y como hoy se pueden apreciar.

Los casos analizados son una perfecta muestra de esta realidad. Para ello se resaltarán tres aspectos puntuales en los que se puedan ver con claridad las posturas asumidas por los juzgadores, sus puntos en común y sus particularidades. Primero, los criterios de atribución de responsabilidad y aplicación de exenciones a los administradores de foros de opinión; segundo, el tratamiento que se da a la noción "conocimiento efectivo" dada la diversidad de interpretaciones que se han construido sobre este concepto en las decisiones y lo trascendental que ha sido para declarar o no responsables a los titulares de foros. Y en tercer lugar, un fenómeno que cada vez se hace más común entre los encargados de administrar páginas web con foros de opinión como son las políticas de participación para los usuarios, una práctica que como se verá es valorada por recientes decisiones como muestra de su diligencia.

---

[349] "construye (…) un nuevo régimen positivo de asignación de responsabilidad. En efecto, la norma comunitaria no deroga el sistema general del derecho común, que por tanto seguirá siendo el aplicable: también a los prestadores de servicios de la sociedad de intermediación. NO lo deroga ni explícita ni implícitamente. Para hacer esto último tendría que haber establecido el régimen jurídico de reemplazo, en el que, naturalmente, sería esencial fijar criterios de atribución de responsabilidad. La Directiva, sin embargo, no establece criterio alguno de atribución de responsabilidad. Lo único que hace es establecer determinadas exenciones, esto es: fijar unos ámbitos de no-responsabilidad delimitando unos supuestos para los que se excluye la posibilidad de imputar la obligación de resarcimiento."PEGUERA POCH, Miquel, "La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en internet", *Revista de derecho y proceso penal, Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios en internet*, Editorial Aranzadi S.A. Número 8, 2002, páginas 25-62, páginas 35 y 36.

[350] Respecto a la concurrencia de regímenes de responsabilidad véanse las notas al pie número 317, 318 y 319 en COTINO HUESO, Lorenzo, "Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión", *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Valencia, 2007, páginas 133 a 233, páginas 214 y 215.

ISBN 978-84-694-0081-4

2. 1. Criterios de atribución de responsabilidad y aplicación de exenciones.

Al momento de estudiar la responsabilidad o ausencia de responsabilidad de los administradores de foro, como prestadores de servicios de alojamiento de contenidos de terceros[351], las sentencias estudiadas observan grandes similitudes en sus argumentos. El punto de partida de los juzgadores se centra en estudiar la ilicitud del comentario que se presenta como atentatorio de los derechos fundamentales, para a partir de ello establecer si el administrador del foro permitió que este medio se empleara como *vehículo para la difusión*[352] de los comentarios atentatorios de los derechos, o si la diligencia mostrada a través de sus actos, atenuaría la vulneración de tales derechos.

En principio, la jurisdicción penal[353] entendió que el foro era un medio informativo semejante a un medio de comunicación, y que el administrador del foro podía cumplir el rol de un editor tradicional. Tal es caso de la decisión judicial en el caso aporellos.com, en la que se estableció una responsabilidad civil subsidiaria por su ausencia de diligencia, dado que por la naturaleza de la página, en concepto del juzgador de segunda instancia, se requería especial diligencia de los titulares que permitiera garantizar un mayor control sobre los mensajes que pudieran introducirse de los titulares del foro, aún cuando en primera instancia sólo se había valorado la responsabilidad del autor de los mensajes quien fuera identificado. La teoría

---

[351]Respecto del servicio prestado por el administrador o titular de foro "La particularidad de estas situaciones estriba en que el alojador a quien se reclama la responsabilidad no es el proveedor del [hosting] del sitio web, sino el titular o administrador del correspondiente blog, wiki o foro, quien, en la medida en que está alojando datos suministrados por terceros, realiza una función subsumible en el supuesto general de alojamiento de datos contemplado en el artículo 16 de la LSSI." PEGUERA POCH, Miquel "Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI" *Revista de Internet, Derecho y Política* Nº 5 OUC 2007 páginas 2 a 17, página 4 http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf

[352] Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 56/2006 (Sección 4), de 18 de mayo, caso foro venganzas online aporellos.com

[353] Sobre la responsabilidad penal de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información pueden verse entre otros MORALES GARCÍA, Óscar, "Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información", *Revista de Derecho y Proceso Penal,* Editorial Aranzadi, Navarra, Nº 8, 2002. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006. GALÁN MUÑOS, Alfonso, *Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en internet,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. ALMAGRO NOSETE, José, "Los insultos cibernéticos" *Diario La Ley*, Nº7376, 8 de abril de 2010.

ISBN 978-84-694-0081-4

de la responsabilidad en cascada[354] aquí aplicada, tiene marcadas dificultades en lo que al funcionamiento del foro se refiere, teniendo en cuenta, como se mencionó en líneas superiores, que la inmediatez de la incorporación de los mensajes vertidos por los participantes del foro, hace imposible que el control sea a priori, es decir, no media el criterio que pueda tener el moderador del foro para publicar o no el mensaje, por lo que no podría tan siquiera configurarse este sistema de responsabilidad. De manera en Auto 319/2009 de la Audiencia Provincial de Oviedo, caso elcomentario.tv señaló:

"a diferencia de lo que sucede con los tradicionales medios escritos –para los que resulta de aplicación sin género de duda la responsabilidad en cascada del artículo 30 del Código Penal-, en que existe un conocimiento previo por los responsables del medio de comunicación del contenido de lo que será publicado, en la red no resulta posible un filtrado pleno del contenido de los mensajes que se reciben e insertan en la página o los foros que forman parte de ella por lo que puede suceder que sin intervención alguna del responsable ocurra que se utilice la página para verter expresiones que pudieran ser constitutivas de delito; no siendo por ello suficiente, para pregonar una responsabilidad penal, la simple administración de la página puesto que ello no supone participación no ya sólo en la confección de las expresiones sino tampoco en su publicidad y conocimiento de terceros."(Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo número 319/2009 (Sección 2), de 18 de septiembre).

De otro lado en la jurisdicción civil[355]se parte de establecer si los mensajes o comentarios vertidos en el foro son ilícitos, bien porque, como ya

---

[354] "La responsabilidad en cascada o editorial se ha circunscrito históricamente en el ámbito de las responsabilidades penales derivadas de los delitos y faltas cometidos a través de los medios de comunicación, ampliando el círculo de responsables más allá de la persona del autor real, de forma subsidiaria. La doctrina ha señalado que este sistema de responsabilidad surgió para impedir la impunidad derivada del anonimato o pseudo-anonimato[1] en los delitos cometidos a través de la prensa, ampliando la responsabilidad sucesivamente y de forma subsidiaria, en defecto del autor real o intelectual de los contenidos delictivos, a los directores, editores e impresores. Esta originaria responsabilidad editorial fue generalizándose al resto de los medios de comunicación y, abarcando finalmente los tres modos de difusión ya clásicos en el Derecho de la Información, a saber: edición, emisión y exhibición." ESTRELLA GUTIERREZ, David, "La responsabilidad en cascada en el medio digital: insuficiencia del artículo 20 del CP de 1995" Noticias jurídicas, 2002, disponible en http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200203-275591221022700.html

[355] Sobre la responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información pueden verse entre otros CLEMENTE MEORO, Mario y CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Responsabilidad civil y contratos en internet,* Editorial Comares, Granada, 2003. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. *Deberes y responsabilidades*

se ha dicho, atentan contra derechos fundamentales, o bien porque la conducta se ajusta a lo dispuesto por el régimen de responsabilidad aplicable al caso, que en la mayoría de ellos es la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982[356], norma que como se señala en las sentencias, es totalmente aplicable dado que la LSSICE no excluye su aplicación.

Frente al argumento del pleno ejercicio de la libertad de expresión a la que tienen derechos quienes participan de los foros de opinión en internet, se recuerda que el ejercicio de este derecho está limitado por el respeto a demás los derechos reconocidos a los demás ciudadanos en el mismo título de los derechos fundamentales. En el caso del foro *Banyalbufar: i tú que dius*, foro en el que se trataron temas referidos a la realidad política de Palma de Mallorca, se hizo necesario confrontar la teoría del límite a la libertad de expresión[357] construida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo[358] y los mensajes vertidos en el foro. Aquí el juzgador de segunda instancia encontró, al igual que el de primera instancia, que en efecto dichos mensajes constituyeron intromisión en el honor de los demandantes dado que invadían su esfera personal y profesional ya que nada tenían que ver con un crítica seria y objetiva, por lo que se declaró ilícito el contenido de los mensajes.

Además de lo anterior, lo característico de esta decisión es que empieza a perfilar la teoría de que la exclusión de responsabilidad por los contenidos ajenos que alojan los administradores o titulares de foros de opinión tiene un límite fijado por la diligencia observada por el responsable de la página web de opinión que además haga las veces de moderador, y que puede traducirse en colaboración con la autoridades para localizar a los autores, impedir que se sigan difundiendo contenidos que sean señalados

---

de los servicio de de acceso y alojamiento: Un análisis multidisciplinar. Editorial Comares, Granada, 2005. PLAZA PENADÉS JAVIER “Responsabilidad Civil de los intermediarios en Internet”, *Principios de Derecho e Internet*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. PEGUERA POCH, Miquel *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet,* Editorial Comares, Granada, 2008

[356] Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 mediante la cual se regula la Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen

[357]Sobre la libertad de expresión en Internet ver COTINO HUESO, Lorenzo “Nuevas tecnologías, desafíos y posibilidades para la libertad de expresión” Ponencia impartida en las III Jornadas de Derecho Constitucional y Libertad de Expresión, 2008, disponible en http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2008/20081108_epp_cotino_hueso_l_es_o.pdf

[358] Las sentencias que se relacionan son: Sentencia del Tribunal Supremos de 8 de julio de 1981, 2 de diciembre de 1981, 3 de mayo de 1982 y Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 1983.

como ilícitos, incluso por los mismos titulares de los derechos como en el caso en mención. De esta manera la responsabilidad no sólo se derivará del autor de la información, sino también del intermediario[359].

En similares circunstancias la web Jurisweb Interactiva SL fue declarada responsable por servir de vehículo para la difusión pública de mensajes y expresiones que constituyen intromisión al derecho al honor del demandante. El juzgador realiza una interpretación especial del artículo 16 de la LSSICE, entendiendo que al no existir conocimiento efectivo por parte del titular del foro, es decir al configurarse una causal de exención de responsabilidad, lo único que procedía era no señalar indemnización alguna, dado que dicho conocimiento efectivo tan solo se producía a partir de la declaración de la declaración de la existencia de dicha intromisión por la sentencia.

Apartándose de las anteriores apreciaciones, en el caso de Veloxia Network SL el juzgador encuentra que no hay lugar a la declaración de responsabilidad derivada de su actuación en el foro, al entender que no se ha declarado la ilicitud de los datos albergados en él por ningún órgano judicial. Además, no concurrió falta de diligencia en la retirada de dichos datos pues no fue requerido en ningún momento por la titulares de los derechos presuntamente vulnerados, y los mensajes no pudieron ser tachados de ser manifiestamente ilícitos.

En el caso del mindoniense.com no se declara responsabilidad de los administradores de páginas web de opinión, dado que no se acreditó que se hubiera tenido por parte de ellos conocimiento efectivo de la ilicitud de los comentarios, ni falta de diligencia frente a la orden de retirada de los comentarios una vez fue contactado por la policía judicial. Se descarta la aplicación del régimen jurídico de la prensa escrita por considerarse que son situaciones diferentes, ya que en una el editor tiene facultades de control y supervisión previa, mientras que en el foro, todo control por parte del moderador es posterior.

---

[359] "(…) también del intermediario, que soluciona los contenidos y los introduce en la red, poniendo a disposición de los usuarios una determinada información, ya sea en una página Web, una base de datos o una lista de distribución, con la matización de que procede entender responsable al creador y al editor de la información, y a los proveedores de acceso y servicios sobre la base del efectivo conocimiento y la posibilidad técnica del control de la información." (Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares número 65/2007 (Sección 3), de 22 de febrero)

ISBN 978-84-694-0081-4

En lo que respecta al caso de los foros de Rankia, la decisión más reciente de la que se tuvo conocimiento al momento de elaborar esta comunicación, se suma a las conclusiones de la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo –caso mindoniense– al afirmar que los administradores de foro ejercen un control a posteriori de la comunicación, y agrega que dentro de los actos que denotan diligencia está el tener actualizados los datos del contacto para que de esta manera el interesado pueda acceder a él cuando sea necesarios. La respuesta del prestador del servicio habrá de ser rápida y eficiente para evitar que el comentario vertido por terceros sea atentatorio de los derechos cuando pueda ser difundido o reproducido desde su sitio web. Además de esto y como novedad, esta sentencia se encarga de sintetizar lo que en su criterio son las circunstancias que deben tenerse en cuenta al momento de estudiar la responsabilidad del prestador del servicio de alojamiento de contenido de terceros

"(…) habiendo cumplido el prestador del servicio con su obligación de información actualizada, el perjudicado se hubiera puesto en contacto con el prestador del servicio reclamándole que retirase el mensaje o dato que considere atentatorio a su derecho fundamental y no hubiere actuado con diligencia para retirar estos datos, haciendo imposible el acceso a los mismos, siempre que se trate de un quebranto del derecho fundamental del perjudicado que sea indiscutible, claro y flagrante, pues, de no ser así (indiscutible, claro y flagrante), no respondería aunque el remitente del mensaje fuera o debiera ser condenado por intromisión ilegítima en el derecho fundamental del perjudicado (lo que no permite la ley es que se convierta el prestador del servicio en Juez de los contenidos de su portal de internet). (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 181/2010 (Sección 21), de 13 de abril).

De lo hasta aquí reseñado se puede señalar que la evolución de la interpretación del juzgador ha sido importante en el entendido que hoy por hoy se tienen claras las características del foro y la inaplicabilidad de una responsabilidad en cascada al menos para este canal de comunicación. Sin embargo, aún surgen muchas preguntas respecto del criterio empleado para eximir o condenar por responsabilidad al administrador del foro, cuando quien informa respecto de la ilicitud del comentario es el titular del derecho y el criterio que debe mediar para establecer si el mensaje o comentario es efectivamente ilícito. Aun cuando debe aplicarse el tamiz de que la vulneración del derecho debe ser indiscutible, clara y flagrante, la deducción proviene directamente del responsable de la administración del foro. La

ISBN 978-84-694-0081-4

redacción de la norma reconoce la posibilidad de aplicar procedimientos que permitan la detección y retirada de contenidos en virtud de acuerdos voluntarios, debe mediar ante todo una efectiva ponderación que permita que no se ponga en peligro la libertad de expresión, lo cual implica un ejercicio que se ajusta más a las funciones de un órgano judicial.

Los usuarios de foros de internet deben ser conscientes de que sus comentarios, por las implicaciones que hoy en día tiene la web, no son frases sueltas que se pueden decir en un bar a un grupo de amigos. En aras de la protección del ejercicio legal y legítimo del derecho a la libertad de expresión, es importante seguir profundizando en la fijación de criterios claros que permitan establecer cuando un mensaje es indiscutible, claro y flagrante para que amerite su retirada de la página web.

2. 2. Tratamiento de la noción "conocimiento efectivo" en las decisiones estudiadas.

Una pregunta que se planeta desde la misma publicación y sanción de la LSSICE es qué se entiende o mejor qué constituye el conocimiento efectivo de que trata el artículo 16 de la LSSICE. Como ya se anticipó en el numeral anterior, el conocimiento efectivo en las sentencias estudiadas se genera tanto por las manifestaciones que pudieran hacer los titulares de derechos fundamentales afectados por mensajes dejados por terceros en los foros de opinión, como por los órganos judiciales bien sea mediante medidas cautelares o por la decisión recogida en la sentencia una vez se declara la ilicitud de los comentarios.

Este concepto es fundamental cuando el que juez busca configurar la responsabilidad para el prestador del servicio de alojamiento de datos. En el caso Banyalbufar dentro de la argumentación de la sentencia se mostró que el titular y moderador del foro tenía perfecto conocimiento de los contenidos de los mensajes y que éstos lesionaban los derechos de los demandantes, a partir de las manifestaciones de los propios titulares de los derechos conculcados quienes en repetidas ocasiones denunciaron ante el moderador del foro el contenido despectivo e insultante de los mensajes y le instaron a su retirada. Como consecuencia de la falta de diligencia apreciada por el juez que conoció el caso, se encontró responsable al titular del foro.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

Se podría alegar que el conocimiento efectivo surge de la notificación de la decisión de un órgano competente, bien sea porque haya declarado la ilicitud de los datos, o bien porque se hubiera declarado la existencia de la lesión. Sin embargo, este argumento no fue válido para el juzgador del caso Jurisweb interactiva SL, que declaró la intromisión ilegítima en el derecho al honor de la actora por parte de Jurisweb, ya que ante sus requerimientos para la retirada de los contenidos, ésta se negó a hacerlo a la espera de la orden del órgano competente en los términos del artículo 16 LSSICE.

En el caso alasbarricadas.org, no sólo se reprochó al administrador del foro no tener actualizados sus datos para facilitar al demandante contactarle y solicitar la retirada de los comentarios, sino que se invita a no esperar que haya de por medio una resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las manifestaciones y fotografía, ya que en criterio del juzgador, las normas deben interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, más aún cuando la intromisión en el derecho fundamental es notoria.

No obstante, en los casos Veloxia network sl y mindoniense.com, la supuesta notoriedad de la intromisión no primó sobre la necesidad de que existiera un pronunciamiento sobre la lesividad del comentario o mensaje, derivando de ello el conocimiento exigido normativamente, para así asegurar que el prestador del servicio no asuma labores de vigilancia y control previo de los contenidos dado que excedería su actividad profesional[360].

En el caso de Rankia, para el juzgador, el conocimiento efectivo deriva de una resolución judicial o administrativa respecto de los comentarios vertidos en los foros y de la comunicación dirigida a los administradores por parte de quienes consideren que se están vulnerando sus derechos fundamentales. Para que proceda su retirada, una vez comunicada la denuncia, no sería viable ampararse en el desconocimiento como exención de su responsabilidad, por mantener los contenidos supuestamente ilícitos en la web, siempre que, como ya se mencionó, la vulneración del derecho fundamental sea indiscutible, claro y flagrante.

---

[360]De esta manera en la sentencia se expone:“Es más probablemente si ejerciera este control previo se generarían situaciones que afectarían a la libertad de expresión ya que para evitarse conflictos se procedería a una “censura previa” de contenidos.” Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 511/2008 (Sección 10), de 16 de julio.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

3. 3. Límites autoimpuestos por las páginas web valorados como muestra de su diligencia.

El panorama trazado por la jurisprudencia impulsó la fijación de políticas de comportamiento de los usuarios del foro por parte de los administradores, así como enlaces destinados a facilitar un contacto entre el usuario y el moderador del foro para resolver dudas o atender quejas. La razón de ser de esta conducta radica en la necesidad del administrador de acreditar su diligencia y de esta manera poder hacer frente a posibles demandas por su responsabilidad en la difusión de contenidos ilícitos por terceros[361].

Estos límites son muestra de una fijación de reglas por parte del mismo administrador, para así promover el funcionamiento más armónico de los temas planteados en los foros de opinión. Como ha sido discutido por Juan José López Ortega respecto a los cambios que necesariamente plantea la web, por su universalidad y la rapidez con que tienen lugar "Las normas jurídicas nacionales, pensadas con una vocación de estabilidad y permanencia, se muestran insuficientes para regular esta nueva realidad y esto impulsa a buscar nuevas vías de regulación más elásticas y flexibles. Asistimos a una corriente "reprivitizadora" y "desreguladora", basada en fórmulas flexibles de "autorregulación"[362].

---

[361] Al respecto "(…) es claro que el demandado no puede responder del contenido de las comunicaciones remitidas por terceros a su página Web mientras no tenga conocimiento efectivo de que las mismas son ilícitas o lesionan bienes o derechos de distinta persona susceptibles de indemnización; sin embargo sí le es exigible una diligencia mínima para que, de producirse alguna de las situaciones descritas, pueda el perjudicado comunicarse con él de forma fácil y directa para interrumpir la publicación de aquellas manifestaciones verbales o fotográficas que le resulten lesivas. Diligencia que en este caso no observó el demandado manteniendo en el registro como su domicilio uno inexacto o, cuando menos, no actual, que impidió el demandante comunicarse con él, permitiendo el acceso de terceros a dicha página web hasta que aquél acudió a la vía judicial en defensa de sus intereses." (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 420/2009 (Sección 13), de 22 de septiembre)

[362] LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en internet" *Cuadernos de derecho judicial,* Consejo General del Poder Judicial, número 10, 2001, páginas 83-126, página 84.

ISBN 978-84-694-0081-4

3. Conclusiones extraídas de los casos analizados

En primera medida, que se considere por la gran mayoría de las sentencias estudiadas que los foros de opinión en Internet son una forma de alojamiento de datos, permite que la adecuación de los casos a la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico no tenga discusión en ninguna de las decisiones, dado que su actividad está dentro del ámbito de aplicación de la norma, de forma se garantiza a los titulares de los foros que serán tratados como prestadores de servicios de Internet con las especificidades que ello implica para la responsabilidad de sus actos[363].

Sin lugar a dudas la coexistencia de regímenes de responsabilidad[364] en paralelo a la LSSICE sigue generando incertidumbre respecto de la interpretación que realiza el juez que conozca del caso, más aún si se tiene en cuenta que sobre otras nociones como "*conocimiento efectivo"* tampoco se ha generado consenso por parte de la jurisprudencia. Lo que sí está claro, es que ni la Directiva 2000/31/CE ni la LSSI excluyen la aplicación de normas específicas sobre vulneración de derechos fundamentales tales como el honor, propia imagen y buen nombre, así que una vez probado que el mensaje vertido en el foro es ilícito, y que la conducta del administrador del foro no permite la aplicación de exenciones de responsabilidad, es complemente viable que el juez declare la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales y gradúe la indemnización del titular del derecho vulnerado basándose en el régimen de responsabilidad aplicable (Código Penal o Ley Orgánica 1/1982 por ejemplo).

---

[363]"La ley no distingue entre el servicio de alojamiento de páginas web propiamente dicho y de cualquier otro contenido informativo (simple texto, mensajes de correo). Tampoco es relevante que la información acceda al servidor mediante programas ftp, correo electrónico, texto incluido en el espacio reservado para ello en una página web, chat, etc." en PAYERAS CAPELLÁ, Magdalena y CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, "Los servidores de acceso y alojamiento: Descripción técnica y legal", *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Editorial Comares, 2005, páginas 1-28, página 27

[364]"(…) una de las cuestiones más complejas y de verdadero interés material sobre el nexo libertad de expresión e internet es la amplia concurrencia de regímenes jurídicos que pesan sobre el flujo de opinión e información en la red, con las consiguientes vías procesales y criterios de responsabilidad exigibles. Es bien sencillo imaginar supuestos donde una información en internet puede suscitar la atracción jurídica de responsabilidad civil muy variada, administrativa (también variada) y penal, siendo que además una y otras vías pueden superponerse."COTINO HUESO, Lorenzo, "Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión", *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Valencia, 2007, páginas 133 a 233, páginas 214 y 215.

ISBN 978-84-694-0081-4

Entender que las exenciones de responsabilidad atienden a *parcelas de impunidad*[365] han sido apreciaciones de instancias judiciales. Por el contrario, lo que se busca es que frente a la dificultad que genera en internet individualizar a quien introduce comentarios ilícitos en foros, se evite la asignación de responsabilidad a quien no ha tenido ningún acto voluntario en el alojamiento de esos datos, garantizando de un lado el equilibrio entre la existencia de estos canales de comunicación y necesidad de proteger la libertad de expresión ejercida sin censura previa. En resumen como ha sido asegurado por Peguera "Si el prestador del servicio ha desplegado los concretos deberes de diligencia que fija el legislador, no se le podrá exigir responsabilidad por los contenidos ajenos que haya alojado o almacenado. En caso contrario, esto es, si ha desatendido alguno de los deberes de diligencia fijados no podrá beneficiarse de la exención." [366]

La erradicación de la aplicación del sistema de responsabilidad en cascada en los casos de los administradores de foros, denota una mayor comprensión por parte de los jueces respecto del funcionamiento del foro, para marcar la diferencia entre la gestión de un moderador y un editor, llevando a que la responsabilidad civil solidaria no pueda ser imputable en estos casos, salvo cuando se logre demostrar que el titular del foro ha tenido una conducta activa en la publicación del comentario ilícito, porque ha sido su voluntad que así se publicara.

De otro lado sigue siendo desfavorable tanto para el usuario de internet como para el prestador de servicios de intermediación que las decisiones varíen según la interpretación que el Tribunal realice de la noción de *conocimiento efectivo*, así, en algunas ocasiones, basta que no se haya emitido decisión alguna sobre la ilicitud de dichos contenidos para probar que no hay un conocimiento efectivo de la ilicitud de un comentario, mientras que en otros, la mera solicitud por parte del titular de los derechos presuntamente vulnerados, respecto de la ilicitud del mensaje es valorada como un

---

[365] "Al entender de esta Sala la aplicación de una Ley específica, no vulnera los principios de legalidad y de jerarquía normativa, sino que el legislador comunitario y español dan primicia a la Sociedad de la información, creando parcelas de impunidad para los servidores y alojadores de datos, cuando como un caso en el que nos ocupa las opiniones se vierten por terceros." (Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo número 538/2009 (Sección 1), de 9 de julio)

[366] PEGUERA POCH, Miquel, "La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en internet", *Revista de derecho y proceso penal, Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios en internet*, Editorial Aranzadi S.A. número 8, 2002, páginas 25-62, página 37.

ISBN 978-84-694-0081-4

mecanismo idóneo para que se considere que el administrador del foro ha tenido conocimiento efectivo y un comportamiento diligente que se traduce en la retirada de los mensajes.

Como quedó expuesto, la Audiencia Provincial de Madrid en el caso de los foros de Rankia agregó condiciones a la valoración que debe hacer el administrador del foro cuando recibe una comunicación de un usuario que denuncia vulneración de derechos fundamentales por comentarios ilícitos. Según esta Audiencia Provincial la trasgresión denunciada deberá ser indiscutible, clara y flagrante; esta situación podría configurarse como atentatoria del derecho a la libre expresión e información por lo que sería idóneo que la valoración de la ilicitud de los mensajes siguiera siendo una labor propia de un órgano judicial. Para Cotino es claro que “Si se opta por requisitos “mínimos”, el resultado sería bien peligroso para la libre expresión e información. Y es que está claro que si un ISP contrae responsabilidad desde que cualquiera le comunica y por la forma que sea que un contenido es –a juicio de esta persona – ilícito, lo lógico es que la reacción primera e inmediata será la de retirar o bloquear los contenidos para no caer en responsabilidad. Este efecto es, necesariamente, perverso para la libertad de expresión e información como la legislación y jurisprudencia norteamericana vio prematuramente”[367].

[367] COTINO HUESO, Lorenzo “Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión”, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Valencia, 2007, páginas 133 a 233, páginas 208.

ISBN 978-84-694-0081-4

IV. La lucha de la Asociación de Internautas por la libertad de expresión en Internet, frente a la SGAE

Ofelia Tejerina Rodríguez

Abogada -Secretaria General de la Asociación de Internautas

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado “Audios y vídeos del Congreso”.

Resumen:

El régimen legal de la responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información (ISPs) por contenidos, se ha visto convulsionado por el caso “Putasgae”. En la Sentencia nº 773/2009 dictaminada por el Tribunal Supremo, condenando a la Asociación de Internautas, se ha considerado que en la determinación de su responsabilidad, es perfectamente aplicable la teoría del “lógicamente debía conocer”, en vez de la teoría del “conocimiento efectivo” que el derecho comunitario propugna respecto de los contenidos que alojan, y que además exige que los elementos o medios de comprobación que puedan aseverarlo, estén previa y expresamente fijados en el derecho interno.

La repercusión de esta doctrina, puede empezar a notarse con la aprobación de la Ley de Economía Sostenible, si finalmente el legislador concede al Gobierno (a la Comisión de Propiedad Intelectual) la capacidad de rastrear contenidos y, de calificarlos de ilegales, sin necesidad de escuchar el criterio judicial. En materia de Propiedad Intelectual, bastará la mera decisión del Gobierno para que un prestador de servicios deba dejar Internet, ya que de no hacerlo, se asumirá que conoce la ilegalidad de sus contenidos y que aun así, continua dándoles soporte. Eso sí, sobre la efectiva ilegalidad de los contenidos, y las posibles lesiones del derecho a la libertad de expresión, podrá después discutirse durante años ante un Juzgado.

Palabras clave: *Libertad, expresión, información, proveedor, servicios, Internet, SGAE, propiedad, intelectual, ley.*

1. La responsabilidad legal de los proveedores de los servicios de la sociedad de la información (ISPs) por contenidos, y el caso "Putasgae"

1. La Ley

La Directiva del año 2000 sobre comercio electrónico[368], explica en su Considerando nº 42 que: "Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada".

Y, en su Considerando nº 46, explica que "para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. La retirada de datos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos habrá de llevarse a cabo respetando el principio de libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional. La presente Directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan requisitos específicos que deberán cumplirse con prontitud antes de que retiren los datos de que se trate o se impida el acceso a los mismos".

Y ello, se expone así en relación con los siguientes artículos de la norma:

Artículo 14. 1. - Alojamiento de datos.

"Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del

[368] La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,

b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible".

Artículo 15.1 - Inexistencia de obligación general de supervisión

"Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14".

Por otra parte, la Directiva 2009/136/CE[369] también explica, en sus Considerandos nº 30 y 31, y en relación con los proveedores de redes o servicios, lo que significa "controlar" y "conocer la ilicitud de los contenidos" a los efectos de la prestación de servicios en la sociedad de la información:

(30) "La Directiva 2002/22/CE (Directiva sobre servicio universal) no exige a los proveedores que controlen la información transmitida a través de sus redes ni que interpongan acciones judiciales contra sus clientes con motivo de dicha información, ni responsabiliza a los proveedores de dicha información (…)."

(31) "Corresponde a los Estados miembros, y no a los proveedores de redes o servicios de comunicaciones electrónicas, decidir de conformidad con los procedimientos adecuados, si los contenidos, las aplicaciones o los servicios, son lícitos o nocivos".

En España, coherentemente, la Ley 34/2002[370] señala en su Exposición de Motivos que se impone a los prestadores de servicios "un deber de colaboración" para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando, pero en ningún caso, les impone "facultades decisorias" para que puedan determinar la licitud o ilicitud de los contenidos que alojan. Concretamente, el artículo nº 16 ("Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos") dice:

---

[369] Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

[370] Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico, señala.

"1.Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el CONOCIMIENTO EFECTIVO a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2.La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará eh el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador".

2. La jurisprudencia

En general se puede decir que la jurisprudencia se ha ido decantando por reconocer que un prestador de servicios de la sociedad de la información no es responsable de los contenidos que otros alojan en sus servidores o espacios de opinión[371], si no tiene conocimiento efectivo de los hechos, sin embargo, la interpretación de la ley aún es pantanosa en lo que debe ser ese "conocimiento efectivo", no hay una línea doctrinal única que determine bajo qué circunstancias un prestador de servicios conoce, o pudiera "razonablemente" conocer, la ilicitud de los contenidos que aloja alberga en sus servicios. El caso que mejor evidencia la vaguedad y subjetividad de los elementos marcados por la jurisprudencia en el caso "putasgae.org", frente a otras muchas resoluciones, que al contrario, si han seguido el sentido delimitado por el derecho comunitario para imponer responsabilidades a los prestadores de servicios.

---

[371] Entre otros, el caso "ajoderse.com", del Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona, Diligencias Previas 827/02, Auto de archivo, de 7 de Marzo de 2003; el caso "www.mindoniense.com ", Sentencia nº 538, de 9 de Julio de 2009, de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª; y el caso "Telecinco Vs. Youtube", Sentencia nº 289/2010 del Juzgado Mercantil nº 7 de Madrid, de 20 de Septiembre de 2010.

ISBN 978-84-694-0081-4

Por ejemplo, en el caso más reciente resuelto por el Tribunal Supremo, el caso "quejasonline.com" [372], se reconoce que no se acredita que el prestador de servicios "conociera ni pudiera razonablemente conocer, directamente o a partir de datos aptos para posibilitar la aprehensión de la realidad, que quien le suministraba el contenido lesivo para el demandante no era él, sino otra persona que utilizaba indebidamente su nombre con el ánimo de perjudicarle; ni de que, conocedora con posterioridad de esa realidad, merced al requerimiento del perjudicado, retirase el comentario sin tacha de negligencia".

Es decir, parece que se quiere fijar la clave de las responsabilidades en la forma de acreditar que el prestador de servicios de la sociedad de la información tuvo conocimiento efectivo tanto de la existencia del contenido que aloja, como de la ilicitud del mismo, pero la realidad es que para ello se ha fijado dicha clave en elementos tan subjetivos como arbitrarios, de forma que podemos decir que la imputación de responsabilidades en la Sociedad de la Información, en materia de contenidos, carece aún de una base legal clara aplicable.

3. El caso "putasgae"

En el famoso caso "putasgae.org", en su Sentencia nº 773/2009, de 9 de Diciembre de 2009, el Tribunal Supremo condenó al prestador de servicios de la sociedad de la información, obviando esa teoría del "conocimiento efectivo" y, aplicando la del "presuntamente debía conocer". Se condenó a la Asociación de Internautas, por ser responsable de los contenidos ofensivos e injuriosos que terceras personas alojaban en su servidor, como cesionarias de su subdominio (http://antisgae.internautas.org).

En el fallo de la Sentencia no se entró a valorar la responsabilidad de la Asociación por lo injurioso del nombre de dominio www.putasgae.org (que

[372] La Sentencia Tribunal Supremo, 18 de Mayo de 2010, estimó el Recurso de Casación interpuesto por Ruboskizo, S.L., empresa titular de la página web www.quejasonline.com. Esta resolución anuló las resoluciones de las instancias inferiores, que declaraban que el titular de la web era responsable de los comentarios ofensivos que terceros habían publicado en ella, y curiosamente, para ello, hace referencia a la Sentencia del caso "putasgae.org": En la sentencia de 9 de diciembre de 2.009 nos pronunciamos sobre la interpretación de ese artículo 16 conforme a la Directiva 2.000/31/CE, en lo referente al conocimiento efectivo, a cuya ausencia se condiciona, en uno de los supuestos, la liberación de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada a petición del destinatario de aquellos".

ISBN 978-84-694-0081-4

no le pertenecía), ni por los contenidos que albergaba (que no los editaba), sino que se pasó directamente a valorar la actitud del prestador de servicios respecto de los contenidos que alojaba. El Tribunal resolvió que la Asociación de Internautas, como Prestadora de Servicio de la Información, lesionó el derecho al honor de la SGAE por no haber actuado diligentemente contra los contenidos que terceras personas alojaban en su subdominio http://antisgae.internautas.org.

Como hemos visto, tanto el derecho europeo como el derecho español, explican que no es posible imponer una obligación general de supervisión a los prestadores de servicios, que sólo si tienen “conocimiento efectivo” y no actúan diligentemente, serán responsables de los contenidos que alojen. También es bastante claro que los elementos fuente de esta responsabilidad (del “conocimiento efectivo”) son:

a) conocimiento de la existencia de contenidos ilícitos.

b) conocimiento de la ilicitud de los contenidos.

Pues bien, en el caso “putasgae.org”, el Alto Tribunal explica esta teoría de una forma un tanto confusa. Para justificar su condena a la Asociación de Internautas, se interpreta (F. Jº. 4º) el concepto de “conocimiento efectivo”, diciendo que, para que exista, no es necesario que un órgano competente haya declarado la ilicitud de los contenidos, pues exigir este requisito para desvirtuar la exención de responsabilidad del prestador de servicios que los aloja, reduciría “injustificadamente las posibilidades del obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo”.

Además, invoca la posibilidad de que el “conocimiento efectivo” sea obtenido por otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. Pero ni explica cuales son esos medios, ni dónde se están establecidos. Dice exactamente que “no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al “conocimiento efectivo” aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque meditadamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate”.

ISBN 978-84-694-0081-4

Es decir, puede entenderse que el Tribunal Supremo considera que, para que exista "conocimiento efectivo", basta deducir de la "lógica" que un prestador de servicios conoce del carácter ilícito de unos contenidos elaborados por terceros.

Curiosamente, el Tribunal Supremo recoge (F. Jº. 2º) lo dispuesto por el Considerando 48 de la Directiva 2000/31/CE, en el que se establece que los Estados Miembros puedan exigir a aquellos prestadores de servicios que proporcionen alojamiento de datos suministrados por destinatarios de su servicio, "que apliquen un deber de diligencia, que cabe esperar razonablemente de ellos". Sin embargo el Tribunal Supremo no tuvo en cuenta que precisamente dicho considerando continúa diciendo: "y que esté especificado en el Derecho nacional, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales".

El derecho interno español exige al prestador de servicios que sea diligente en la retirada de los contenidos ilícitos, pero no que sea diligente en su detección o en la calificación de su ilicitud.

La Sentencia reconoce sin problemas que la demandada había comunicado eficientemente a los cesionarios del subdominio http://antisgae.internautas.org la existencia de la demanda y, que había impedido técnicamente que los contenidos en conflicto se mantuvieran accesibles, pero a pesar de ello, no lo consideró como suficientemente diligente porque, dice, los terceros que alojaban contenidos en sus servidores eran simpatizantes de su ideología y, contrarios a los intereses de la demandante (la SGAE), por eso debió haberse dado cuenta antes[373].

Es más que visible que el argumento utilizado por el Tribunal Supremo para este caso es la "deducción lógica", pues la demandada no había podido acreditar de ninguna manera objetiva que la Asociación de Internautas conociera los contenidos que albergaba o que eran ilícitos. Ni se lo había notificado una autoridad competente, ni se había hecho por "por otros medios establecidos específicamente en derecho interno", tal y como exige la ley, lo que deja un claro vacío interpretativo de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en materia de

---

[373] Sentencia nº 773/2009 del Tribunal Supremo. F. Jº 4º: "(…) tal título, por su carácter insultante, era un medio adecuado – ex re ipsa – para revelar, junto con las circunstancias concurrentes – en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente -, el tenor de los datos alojados."

ISBN 978-84-694-0081-4

libertad de expresión, pues nadie arriesgaría conscientemente su patrimonio, para dar cobijo libre a los comentarios, opiniones, o contenidos multimedia de terceros.

2. Libertad de expresión y Ley de economía sostenible

La Ley de Economía Sostenible, finalmente aprobada como Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha sido objeto de un gran debate en Internet, y ello porque parece buscar una protección para la Propiedad Intelectual, similar a la que requiere la mismísima Seguridad del Estado.

La futura norma quiere imponer un despliegue de medios y garantías constitucionales para la protección del negocio subyacente a la Propiedad Intelectual, como si de un derecho fundamental se tratase. Por ejemplo, bajo el paraguas de una Ley Ordinaria se faculta a un ente de carácter público (administración dependiente del Gobierno), para decidir la prioridad de la protección del mercado de la cultura, pudiendo incluso suspender los derechos a la libertad de expresión e información, incluso, suspender el derecho a la intimidad.

El artículo 20 de la Constitución reconoce los derechos a la libertad de expresión e información, pero también, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica… Y señala: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Para justificar la necesidad y la constitucionalidad de la reforma, se ha argumentado que sólo un juez podrá decidir si se cierra o no una web; que las medidas previstas sólo afectarán a quienes se lucren con obras protegidas por el derecho de autor que no les pertenezcan; que los internautas “buenos” no tienen nada que temer; que es un avance progresista y equilibrado… etc., sin embargo, la realidad jurídica y práctica es bien distinta.

Para empezar, se puede decir que el proyecto de la LES ha olvidado que el negocio que genera la propiedad intelectual, es un interés de calidad inferior al efectivo ejercicio de cualquiera de los derechos fundamentales

ISBN 978-84-694-0081-4

garantizados por la Constitución, y para cerrar, que la actuación judicial prevista en esta materia, es meramente formal, no entrará a considerar el fondo del asunto, es decir, no entrará a valorar la necesidad ni la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Gobierno (o su Comisión de Propiedad Intelectual) para proteger la propiedad intelectual en Internet, medidas que además, hasta ahora, sólo podía adoptar un juez, por cuanto podían vulnerar derechos como la libertad de expresión.

En la práctica, se quiere facultar al Ministerio de Cultura para:

1º.- La detección de prestadores de servicios y la calificación de contenidos como "protegidos por el derecho de autor" en una página web, ya estén enlazados, ya estén ofrecidos directamente, ya sea en parte, ya en total.

2º.- La comprobación y determinación de responsabilidades, es decir, de la ilicitud de su uso. La comprobación de que "se causa un daño patrimonial" (concepto tan nuevo como indeterminado) a terceros, o bien que existe un ánimo de lucro en el prestador.

3º.- La decisión de que la página web debe cerrarse.

4º.- El requerimiento al titular para que lo haga efectivo de forma voluntaria.

Hasta aquí, la Comisión de la Propiedad Intelectual actúa y decide libremente.

Después, si el afectado considera que los contenidos se están utilizando legalmente y no cumple esa resolución administrativa, la Comisión del Ministerio de Cultura llevará el asunto ante los Juzgados Centrales de los Contencioso Administrativo para que ordene (en cuatro días) el cierre de la página web. Según la norma, solo cuando el procedimiento administrativo termine, se podrá acudir a la vía judicial. Por su parte, si es el afectado el que no está conforme con la decisión de la Comisión de la Propiedad Intelectual, podrá éste recurrirla ante la Audiencia Nacional.

Finalmente, llegados a este punto, debemos retomar la Sentencia del Tribunal Supremo del caso "putasgae.org", imprescindible para entender las consecuencias de una eventual negativa al requerimiento inicial de cierre por parte del Gobierno, ya que esa Sentencia señala que cualquier fórmula que permita hacer saber al prestador de servicios, que sus equipos se están

ISBN 978-84-694-0081-4

utilizando para actividades ilícitas, será efectiva y suficiente para determinar su responsabilidad si no retira en ese momento los contenidos, independientemente de que tuviese o no algo que ver con su edición, producción, utilización, manipulación, etc.

Es decir, en la práctica, si un Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información, recibe una comunicación de la Comisión de la Propiedad Intelectual requiriéndole para eliminar su página web, porque aloja contenidos ilícitos o enlaces a otras páginas que los ofrecen, porque producen un perjuicio patrimonial a terceros ("lucro cesante") o, porque conllevan un beneficio indebido ("lucro comercial"), sólo tendrá dos opciones:

a) Acatar lo que le dicta el Gobierno y eliminar de inmediato toda la información de su página.

b) Eliminar los contenidos y defender sus derechos. Si simplemente los contenidos no le pertenecen, o si considera que tiene derecho a utilizarlos, el prestador podrá contratar un abogado que le ayude a preparar sus alegaciones ante la Comisión de la Propiedad Intelectual y, si ésta no resuelve a su favor, puede después contratar además un procurador para que le represente ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo e, incluso, podrá intentar recurrir la resolución administrativa ante la Audiencia Nacional (pues es evidente que el Gobierno irá hasta el final).

Pero para optar por esta posibilidad, el prestador deberá en todo caso eliminar los contenidos al primer requerimiento del Gobierno, pues si no lo hace (siguiendo la jurisprudencia del TS) y tras el largo procedimiento judicial los contenidos son calificados como ilícitos, el prestador será condenado igualmente como responsable independientemente de que los editase o alojase técnicamente, porque conocía que eran ilícitos y no los retiró cuando el Gobierno se lo advirtió.

Ante ambas opciones, el resultado será el mismo, el prestador debe eliminar los contenidos de forma previa.

Jurídicamente, si eso se permite, se estará permitiendo que una Ley Ordinaria otorgue rango de derecho fundamental al derecho a participar en el mercado de la cultura y, que le de prioridad sobre otros derechos fundamentales. Y, si la Comisión de la Propiedad Intelectual asume

ISBN 978-84-694-0081-4

funciones decisorias vinculantes (hasta ahora de carácter judicial[374]) que puedan afectar en Internet los derechos reconocidos en el Artículo 20 de la CE, no existirán garantías previas reales que los protejan ante las decisiones del Estado, pues el Gobierno podrá decidir si una información es o no ilícita, si vulnera la Ley de Propiedad Intelectual, si puede o no estar publicada.

A día de hoy, parece que el debate no ha acabado, el PP, CIU, IU-ICV, UPyD y el Grupo Mixto han presentado en el Congreso enmiendas a la totalidad para devolver el texto a La Moncloa. El PP considera más conveniente tratar todo lo relativo a la protección de los derechos de autor en una nueva Ley de Propiedad Intelectual. UPyD por su parte, aborda la cuestión del cierre de páginas web y critica la forma en que se traslada la cuestión a los juzgados de lo contencioso-administrativo, dice que “al promover los derechos de la propiedad intelectual, incurre en el error de contemplar la posibilidad de retirar contenidos que vulneren el copyright, cerrando páginas web. Derivar a la jurisdicción contencioso-administrativa cuestiones que no deberían hurtarse a la jurisdicción civil, sólo contribuirá a incrementar la litigiosidad en la protección de los derechos de propiedad intelectual”. El Grupo Mixto ha señalado que "resulta cuestionable, incluso indescifrable, la relación que guarda una regulación en la que se priva a los usuarios de páginas web de sus derechos fundamentales con la economía sostenible", y solicita "otros mecanismos que no pongan en entredicho el principio de proporcionalidad".

Así las cosas, en diciembre de 2009, la Asociación de Internautas suscribió el 'Manifiesto en defensa de los derechos fundamentales en Internet', contra la llamada Ley “Sinde” y, que aboga por la neutralidad de la red.

En la actualidad, el debate no está cerrado, las enmiendas presentadas al Pleno del Congreso, señalaban las principales deficiencias jurídicas del proyecto del Ley, y que se pueden resumir en:

1.- La necesidad de un proyecto de ley propio para reformar la actual Ley de Propiedad Intelectual.

2.- La permisividad manifiesta de arbitrios administrativos: “la redacción del proyecto alienta la duda de si corresponde a la sección 2ª de la

[374] Artículo 24. 1. CE - Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

ISBN 978-84-694-0081-4

Comisión de Propiedad Intelectual una ponderación de las circunstancias concurrentes para decidir si es o no necesaria la autorización judicial, en función de si las medidas adoptadas pueden o no afectar a los derechos del art. 20 de la CE".[375] Se está tratando de asignar a una comisión administrativa, capacidad de control y gestión de contenidos, para calificarlos como ilegales, y esto es competencia exclusiva del poder judicial.

3.- La necesidad de que se observen "actos de gravedad manifiesta" de un proveedor de servicios con ánimo de lucro, o que haya causado o "pretenda causar un daño". No bastarán actos leves, ni actos que por sí solos sean susceptibles de provocar daño.

4.- La necesidad de que toda restricción al derecho a la protección de datos de carácter personal sea prevista por una Ley Orgánica y, que en todo caso, se exija previa autorización judicial para que nazca la obligación de los proveedores de servicios de facilitar datos personales de sus usuarios, así como para ejecutar actos de suspensión de contenidos que vulneren la propiedad intelectual. La interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información es en todo caso, materia jurisdiccional, civil o mercantil.

Si estas lesiones al derecho constitucional, se permiten finalmente con la aprobación de la referida norma, habrá de ser el TC quien decida hasta qué punto el Gobierno está interfiriendo arbitrariamente en la separación de poderes y, especialmente, en el ejercicio de los derechos fundamentales de los usuarios de Internet.

---

[375] Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Ley de Economía Sostenible.

ISBN 978-84-694-0081-4

V. La extensión de la libertad de expresión a los usuarios de la red y la amenaza de la Ley de Economía Sostenible

Javier Maestre Rodríguez

Bufete Almeida Abogados. Socio director de la oficina en Madrid

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado "Audios y vídeos del Congreso".

Resumen: *El trabajo analiza la azarosa tramitación de la denominada Ley Sinde, esboza las principales cuestiones críticas de las que se hace acreedora la iniciativa legislativa y termina proponiendo algunas soluciones prácticas para defenderse de su caprichosa aplicación.*

Palabras clave: *Ley de Economía sostenible, libertad de expresión, censura, propiedad intelectual, secuestro publicaciones, Ley Sinde.*

1. Tramitación del proyecto y planteamiento de las principales cuestiones

En diciembre del año 2009, es decir, hace casi un año, Internet fue un clamor unánime[376] en contra de la iniciativa legislativa del Gobierno que se contenía en la Disposición Final Primera de la denominada Ley de Economía Sostenible. Esta ley ha sido finalmente aprobada como Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible Se decía entonces que con ello iba a inaugurar nuestro presidente del Gobierno su flamante presidencia de la Unión Europea, previéndose que la Ley se aprobara durante dicho semestre, que se tramitaría de forma fulgurante un necesario reglamento de desarrollo y, finalmente, que tras el verano comenzaría a aplicarse y, consecuentemente, a cerrar páginas web por orden gubernativa. La Ministra de Cultura que da nombre a la iniciativa legislativa considera ahora (octubre

[376] SANCHEZ ALMEIDA, Carlos, "Cierre de sitios web: la siniestra Sección Segunda". Diario El Mundo: http://www.elmundo.es/elmundo/2009/12/02/navegante/1259769048.html

ISBN 978-84-694-0081-4

de 2010) que las páginas podrán empezar a cerrarse en la próxima primavera[377].

Tal fue la que se montó, que incluso provocó en el Congreso una "Interpelación urgente" a iniciativa del Partido Popular, para que el Gobierno aclarara su postura en torno a la posibilidad de cerrar páginas web sin autorización judicial. Toro que le toco lidiar a la Ministra Ángeles Gonzalez Sinde[378].

Lo cierto, en cambio, es que el Gobierno no dio luz verde a esta iniciativa legislativa hasta el 19 de marzo de 2010[379], se presentó en el congreso justo a la mitad del semestre, el 30 de marzo y su tramitación ha sido ciertamente azarosa, habiéndose producido hasta 12 ampliaciones de plazo[380] [381].

El debate de totalidad del proyecto tuvo lugar el pasado 23 de septiembre ante un panorama realmente desolador, como indicaba Carlos Sánchez Almeida[382], por cuanto las únicas críticas fundamentadas al proyecto gubernamental de establecer un procedimiento judicial privilegiado en favor de los titulares de derechos de propiedad intelectual, vienen de dos partidos con exigua representación parlamentaria: Unión Progreso y Democracia y el Bloque Nacionalista Gallego. En total, 3 diputados, lo que no llega ni a la centésima parte del Parlamento. El Partido Popular ha presentado una enmienda a la totalidad en la que se limita a indicar que la

---

377 "Cultura espera tener aprobada la Ley de Descargas antes de Navidad". http://www.cadenaser.com/tecnologia/articulo/cultura-espera-tener-aprobada-ley-descargas-navidad/csrcsrpor/20101016csrcsrtec_1/Tes

378 Diario de Sesiones del 22 de diciembre de 2009, tratando la interpelación urgente: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw9&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP200912220134.CODI.%29#%28P%C3%A1gina4%29

379 Página Web sobre la Ley creada por el Gobierno:

http://www.economiasostenible.gob.es/ley-de-economia-sostenible/

380 "La polémica 'Ley Sinde', a punto de iniciar su camino en el Parlamento": http://www.elmundo.es/elmundo/2010/09/22/navegante/1285150005.html

381 Página del expediente legislativo en el Congreso: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI9&PIECE=IWA9&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=2-2&QUERY=%28I%29.ACIN1.+%26+%28ECONOM%C3%ADA+SOSTENIBLE%29.OBJE

382 Carlos Sánchez Almeida, "Por una enmienda a la mediocridad": http://www.elmundo.es/blogs/elmundo/jaqueperpertuo/2010/09/23/por-una-enmienda-a-la-mediocridad.html

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

propuesta del Gobierno es insuficiente para proteger la Propiedad Intelectual, al no abordarse una reforma integral de su legislación específica. Pero el PP, a diferencia de lo que sí hacen UPyD y BNG, no cuestiona de forma directa el cierre administrativo de webs que propugna el proyecto gubernamental. Así, UPyD considera en su enmienda un "error" el cierre de páginas web, así como el traslado a la jurisdicción contencioso-administrativa de la protección de los derechos de autor.

El lunes 11 de octubre, en medio del puente del Pilar, se publicaron en el Boletín Oficial de las Cortes Generales las distintas enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible[383].

Y cuando se empiezan a conocer las enmiendas parciales, la postura del principal partido de la oposición, para ser benévolos, no cabe calificarla sino de triste[384], aunque haya alguna críptica e incomprensible adulación[385].

Así, piénsese en la primera de estas enmiendas, en la que, con tono falsamente voluntarioso, exige previa autorización judicial, para requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la comunicación de los datos que permitan la identificación del presunto infractor.

La justificación de esta medida, se basa en la ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas, pero hay que tener en cuenta que hay grandes diferencias entre una y otra normativa.

- Esta ley afecta a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones (para entendernos, los que están inscritos en la CMT), mientras que la ley sinde afecta a todo prestador de servicios de la sociedad de la información (simplificando, todo el que tenga una web).

- La retención de datos de los operadores afecta a datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones

[383] http://www.elmundo.es/blogs/elmundo/jaqueperpertuo/2010/10/13/sin-proposito-de-enmienda.html

[384] DANS, Enrique, "La triste postura del PP frente a la Ley Sinde.

http://www.enriquedans.com/2010/09/la-triste-postura-del-pp-frente-a-la-ley-sinde.html

[385] CERVERA, José, "El PP y la Ley Sinde: mejor, pero no mucho mejor."

http://www.nacionred.com/sociedad-civil-digital/el-pp-y-la-ley-sinde-mejor-pero-no-mucho-mejor-la-opinion-de-jose-cervera

ISBN 978-84-694-0081-4

electrónicas o de redes públicas de comunicación, en concreto datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario registrado, mientras que a los segundos afecta a datos que permitan la identificación de un presunto infractor, sin circunscribirse a datos de tráfico y localización.

- Para los primeros, las previsiones legales se hacen con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales, mientras que para los segundos se trata de procedimientos pseudosancionadores para proteger la propiedad intelectual.

Lo cierto, en cualquier caso, es que la principal cuestión a tratar en relación con la Ley Sinde es que pretende llevar a la jurisdicción contencioso-administrativa una materia que, hasta ahora, sólo es competencia de los jueces penales y civiles[386]. Camino que en ocasiones nos recuerda al que en ocasiones emprendieron algunos regímenes dictatoriales[387].

2. Las principales cuestiones que nos plantea la Ley Sinde

La, bien o mal, llamada Ley Sinde es un auténtico manantial para efectuar comentarios de toda índole a su redactado. A continuación y quizás de una forma un tanto telegráfica y sin ánimo exhaustivo, recojo algunas de las principales críticas y cuestiones de interés que se han comentado al respecto.

---

[386] SANCHEZ ALMEIDA, Carlos, "Ecosistema de la Ley Sinde: carroñeros y antropófagos". Nación Red.

http://www.nacionred.com/legislacion-pi/ecosistema-de-la-ley-sinde-carroneros-y-antropofagos.

[387] DE LA OLIVA, Andrés, EL PROYECTO DE “LEY DE INTERNET”, UN MONSTRUO ABERRANTE (CON CAMUFLAJE PARA IGNORANTES)". Donde se hacen afirmaciones como la siguiente: " Los juristas nazis caminaron en esa dirección. No es un insulto ni un exabrupto: es un precedente histórico muy serio y, por supuesto, comprobable."

http://andresdelaoliva.blogspot.com/2010/01/el-proyecto-de-ley-de-internet-un.html

ISBN 978-84-694-0081-4

2. 1. La oportunidad de administrativizar los conflictos en materia de propiedad intelectual.

Tradicionalmente, los conflictos en materia de propiedad intelectual han venido siendo resueltos por los Jueces del orden jurisdiccional civil (particularmente, desde su creación, por los Juzgados de lo Mercantil) o, en los casos más graves, por la Jurisdicción penal, pero en modo alguno por la Administración Pública ni por la Jurisdicción contencioso-administrativa.

La primera cuestión, por tanto, que debería abordarse, más que de índole jurídica, habría de ser de índole política. Realmente, ¿hay razones de peso para defender la administrativización de los conflictos que surgen en materia de propiedad intelectual y que, hasta la fecha, han tenido un marcado carácter privado?

Salvo los incondicionales defensores de la Ley, lo cierto es que la mayoría de las personas que se han acercado a esta cuestión con un mínimo de objetividad responden negativamente a esta cuestión. Sirva como muestra lo que dice D. Andrés de la Oliva que considera "monstruoso que la Administración del Estado se ocupe de la propiedad, aunque sea la intelectual, que no por intelectual deja de ser propiedad", así como lo manifestado por el Magistrado de la Audiencia Nacional D. Francisco José Navarro, al decir que, con esta Ley, "además del juez civil y del juez penal, le surge ahora al titular del derecho de propiedad intelectual un tercer protector, el Ministerio de Cultura, lo que remite la tutela judicial, en tal caso, a un control a posteriori que se agrega a los dos primeros y, a nuestro juicio, los perturba e interfiere seriamente."[388]

Por su parte, los defensores de la iniciativa, arguyen a su favor razones de oportunidad del estilo de la necesidad de rápida actuación en el entorno de Internet, lo que justifica, ante la estructural lentitud de nuestra Administración de Justicia, que un órgano especializado y ágil resuelva estas cuestiones, poco menos que al margen de los órganos judiciales, desde luego, al margen de los órganos judiciales que, actualmente, tienen competencias en la materia. Si ello fuera así, que no lo es, lo que habría que hacer es dotar de medios adecuados a los Juzgados y Tribunales existentes,

---

[388] NAVARRO, Francisco José. "El intenso intervencionismo del Gobierno en el cierre de las páginas webs". El Economista:

http://ecodiario.eleconomista.es/cultura/noticias/1863412/01/10/PROPIEDAD-INTELECTUAL-Y-GARANTIA-JUDICIAL.html

ISBN 978-84-694-0081-4

en vez de inventarse órganos administrativos especiales a costa del erario público. Sirva como ejemplo de lo rápido y contundente que puede actuar un Juzgado de lo Mercantil lo sucedido en el caso de las *Jailbreak*[389].

Pero es que, a veces incluso de manera obscena, en ocasiones estos agentes se quitan la careta de las excusas que no se pueden asumir y enseñan su verdadera cara. Lo se que pretende con esta Ley es saltarse a la torera lo que están diciendo los Jueces de las jurisdicciones civil y penal para sustituir su criterio por el de una comisión administrativa de dudoso origen y aún más dudosa composición[390].

2. 2. Trascendencia constitucional

Otra de las importantes cuestiones a tener en cuenta es la relación que esta iniciativa legislativa mantiene con valores y derechos reconocidos en nuestra constitución, lo que hace que muchos piensen, al margen de la constitucionalidad o no de las soluciones que adopta, que su tramitación debería llevarse a cabo como Ley Orgánica y no como Ley ordinaria.

En otro orden de consideraciones, en numerosas ocasiones se plantea este debate como una colisión entre la Libertad de Expresión, que es un derecho constitucional, y, de otro lado, la Propiedad intelectual, que no lo es. Personalmente, pienso que esta dialéctica no es del todo acertada, porque considero que lo que realimente sucede con la Ley Sinde, y el motivo principal por el que es contrario a nuestra Constitución, es que se altera la configuración constitucional de la Libertad de Expresión, en tanto que, conforme al art. 20 de nuestra Carta Magna, "sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial."

En nuestro caso, resulta que un órgano administrativo sería el que realmente acuerde la medida de cierre de páginas web (análoga al secuestro

---

[389] En este caso, una solicitud de medidas cautelares presentada un viernes 13 de septiembre de 2010, provocó que el siguiente lunes (menos de un día hábil) el Juzgado acordara las medidas cautelares sin audiencia de la parte demandada. http://www.elotrolado.net/noticia_contenido-del-auto-de-medidas-cautelares-contra-el-ps-jailbreak_18144

[390] El secretario sectorial de Comunicación Social, Cultura y Deporte de UGT, Carlos Ponce, confió en que salga la 'Ley Sinde', para "detener las sentencias que puedan atentar contra los derechos de propiedad intelectual". http://www.elmundo.es/elmundo/2010/03/17/navegante/1268830904.html

ISBN 978-84-694-0081-4

de publicaciones), pues como ya ha sido destacado por otros autores, el Juez de lo Contencioso-Administrativo al que será preciso acudir, no tiene facultades para apreciar si procede o no el cierre de la página, es decir, si se ha infringido o no la normativa sobre propiedad intelectual.

De la misma forma, creo que es preciso reivindicar que cualquier ciudadano, no sólo los medios de comunicación tradicionales, disfrutan de ser titulares de los derechos a la Libertad de Expresión e Información y, aunque hay Sentencias posteriores que matizan esta posición, lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional así lo admitió en su sentencia de 16 de marzo de 1981, al decir:

"*La libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos* y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite. *Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz* (art. 20.1 d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también; sin duda, todos los ciudadanos, *aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica*; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social.

Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. *Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia* que el resto de sus conciudadanos, *pero no derivan de ello ningún privilegio*..."

2. 3. Naturaleza jurídica del cierre de la página web

Una cuestión que pudiera parecer baladí, pero de una enorme trascendencia, es la de la naturaleza jurídica que le atribuyamos al procedimiento administrativo de cierre de la página web. A mi modo de ver

ISBN 978-84-694-0081-4

caben dos opciones, bien se considera que es una medida cautelar, bien un procedimiento de índole sancionadora.

Personalmente, considero que no puede considerarse como una medida cautelar, puesto que el procedimiento previsto se agota en sí mismo, es decir, a toda medida cautelar, ha de seguir, necesariamente, un procedimiento principal donde se decida definitivamente el fondo del asunto (en nuestro caso, determinar si una página web viola la propiedad intelectual de alguien). Pero en el caso de la Ley Sinde, con el cierre de la página se acaba el procedimiento y no hay previsto nada sobre ese eventual procedimiento principal que falle definitivamente sobre el fondo del asunto, puesto que, aunque se pueda recurrir la decisión de cierre ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cierto es que no se atribuyen facultades a la misma para discernir si en el caso concreto se la violado o no propiedad intelectual alguna.

Por tanto, considero que nos encontramos ante un procedimiento sancionador. Pero, ciertamente, un procedimiento sancionador un tanto atípico y, por supuesto, ilegal de principio a fin, dado que no se compadece con los principios rectores de todo procedimiento sancionador. Sirva como muestra de este parecer lo comentado por el Magistrado Fco. José Navarro en el artículo citado:

"Estas rotundas medidas *no son otra cosa que sanciones* -su semejanza con los hechos que dan lugar al castigo penal así lo revela- en las que *están ausentes elementales garantías jurídicas*. Basta citar dos, entre las clamorosas*: la tipicidad*, tanto de las conductas infractoras como de las sanciones que les corresponden; y, sobre todo, *la presunción de inocencia*, con la que el proyecto arrambla abruptamente, vista la facilidad de ejecución de la medida, antes de que pueda articularse seriamente la más mínima defensa jurídica contra ella."

3. Remedios frente a la eventual aplicación de la Ley Sinde

Finalizaremos este breve trabajo sobre la Ley Sinde con una especulación sobre las posibles vías de actuación que los previsibles destinatarios de la norma tienen a su disposición para que algún juez deshaga el engendro de la Ley y el no menos engendro de procedimiento previsto en ella. En este punto, podemos diferenciar dos vías, en principio no excluyentes, de actuación. La primera es acudir al auxilio de la propia jurisdicción contencioso-administrativa; que personalmente me ofrece muy

ISBN 978-84-694-0081-4

pocas perspectivas de éxito. La segunda es acudir a los jueces que, de forma natural, tienen atribuidas las facultades para resolver los conflictos en materia de propiedad intelectual. A su vez, esta posibilidad se divide en dos, según optemos por la Jurisdicción civil o la penal.

3. 1. Actuar ante la Jurisdicción contencioso-administrativa

Esta posibilidad fue expuesta por D. Joaquín Bernaldo de Quirós, Presidente de la Sala de Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que en una mesa redonda celebrada en Málaga, detalló cómo, en su opinión, se puede impedir el cierre de una web con la Ley Sinde. La cuestión sería recurrir directamente la medida (no esperar a que se efectúe el pronunciamiento judicial previsto en la Ley) y pedir como medida cautelar la suspensión del acto administrativo impugnado, es decir, pedir la suspensión del cierre de la web. De esta manera, el afectado se convertiría en demandante y este proceso podría paralizar la medida de cierre impuesta[391].

3. 2. La vía civil, la acción de jactancia

En fechas recientes se ha dado a conocer una posibilidad de enervación de la aplicación de la Ley Sinde que consiste en echar mano de la denominada "acción de jactancia".[392]

Dicha acción está contenida en la Partida Tercera, Título II, Ley 46, del conocido Alfonso X el Sabio y, aunque su vida se acerca a los 800 años, en 1988 el Tribunal Supremo tuvo la ocasión de declararla todavía vigente. Así mismo, allende los mares también hay tribunales que la consideran en vigor.

Lo que viene a decir esta acción es que si alguien se jacta de tener un derecho frente a otro, pero no lo ejerce ante los tribunales, este otro puede demandarle para exigirle que ejerza las acciones judiciales derivadas del

[391] Los juristas y abogados, en contra de la ´Ley Sinde´. http://www.laopiniondemalaga.es/luces-malaga/2010/04/15/acudir-audiencia-nacional-pedir-suspension-cierre-web/333748.html

[392] SANCHEZ ALMEIDA, Carlos. "Ley Sinde: frente a leyes torticeras, acción de jactancia." http://www.elmundo.es/blogs/elmundo/jaqueperpertuo/2010/11/02/frente-a-leyes-torticeras-accion-de.html

derecho del que se jacta o que, en caso contrario, calle para siempre y, de esta forma, consienta de forma pacífica la posición que ostenta el demandante en jactancia.

Hay que decir que en nuestro ordenamiento hay constancias más modernas sobre acciones de naturaleza similar, pero circunscritas a ámbitos concretos. Piénsese por ejemplo en la acción negatoria de servidumbre que, aunque no está expresamente prevista en nuestro Código Civil, ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia y su plena vigencia en la actualidad es incuestionable. Otra figura análoga es la acción negatoria de violación de patente (aplicable igualmente a las marcas) que se regula en art. 127 de la Ley de Patentes.

La aplicación práctica de esta imaginativa propuesta pasaría por que el eventual destinatario de la aplicación de la Ley Sinde demandara vía civil para exigir a los demandados, presumiblemente las entidades de gestión de derechos de autor, que planteen, como han hecho en otros casos de resultado infructuoso, una acción de violación de propiedad intelectual o callen para siempre.

Es de suponer, aunque esto es algo que merece un estudio aparte, que, iniciado el pleito civil, el procedimiento administrativo de cierre debería suspenderse hasta la resolución del contencioso civil. Pero los efectos en el orden administrativo de esa litispendencia civil habrán de ser estudiados a fondo.

3. 3. La vía Penal, denuncia ordinaria ante los Juzgados de Instrucción

Finalmente, cabe otra posibilidad de usar a favor de la página que se pretende cerrar la figura de la litispendencia, pero en este caso en el ámbito penal.

En última instancia, de lo que se trata es de poner el conflicto en manos del juez predeterminado por la Ley para este tipo de desavenencias, el la jurisdicción civil o el de la penal. Y para poner en manos de la jurisdicción penal la decisión sobre si una determinada página viola o no la normativa sobre propiedad intelectual en el ámbito penal, lo suyo es presentar una denuncia ante los Juzgados de Instrucción.

ISBN 978-84-694-0081-4

Teniendo en cuenta, además, que ahora no es necesario denuncia de la parte agraviada para perseguir los delitos de propiedad intelectual, resulta que cualquier persona podría plantear esa denuncia.

Además, los efectos de la litispendencia penal en el proceso administrativos creo que están más claros que en la civil, sobre todo si consideramos el procedimiento de la Ley Sinde como un procedimiento de naturaleza sancionadora.

En efecto, recordemos que el art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, establece lo siguiente:

"1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien."

Es más, de no proceder a suspender el procedimiento administrativo, los miembros de la Sección Segunda (SS) de la siniestra Comisión del Ministerio de Cultura podrían estar incurriendo en un delito de encubrimiento tipificado en el art. 451 del Código penal[393].

[393] MORCILLO MORENO, Juana. "Teoría y Práctica de las cuestiones perjudiciales en el ámbito del Derecho administrativo". Ed. La Ley. Pag. 441.

ISBN 978-84-694-0081-4

VI. La propiedad intelectual, ¿una amenaza para la neutralidad de la red?

Rafael Soler Muñoz

Doctorando Departamento de Economía Aplicada Universidad de Valencia.

Rodolfo Hernández Carrión.

Profesor Titular Departamento de Economía Aplicada

Universidad de Valencia

Resumen:

Los derechos de propiedad intelectual son uno de los mayores retos que afronta la sociedad del siglo XXI. Los cambios impulsados por las nuevas tecnologías, y más concretamente Internet, en aspectos como la estructura del trabajo, la gestión de la información y los modelos de producción, han provocado una manifiesta obsolescencia de las legislaciones a la hora de regular los nuevos sistemas de la información.

En este trabajo se analiza como, desde la perspectiva de la propiedad intelectual, el legislador debe contemplar los cambios relativos a la sociedad del conocimiento; si bien se sugiere que éste debería no olvidar su perspectiva ante las presiones a las que se le somete por las sociedades empresariales de gestión de derechos.

Observaremos, desde una fundamentación histórica, como toda revolución suele conllevar una alteración de la normativa de la propiedad intelectual, si bien ha surgido un conflicto entre los derechos fundamentales de los ciudadanos – al secreto de las comunicaciones – y los intereses de los autores y editores. Estos últimos simplemente pretenden el control "la Red", siguiendo una antigua tradición.

ISBN 978-84-694-0081-4

Palabras clave: *Propiedad Intelectual, derecho de autor, libertad, cultura, conocimiento, tecnologías informacionales y comunicacionales (TIC), bienes públicos, democracia económica, innovación, sociedad libre.*

1. La propiedad intelectual, un principio de concepto difuso

Hablar de propiedad intelectual en términos generales, supone englobar diferentes conceptos de distinto alcance y regulación; una herencia de la cultura anglosajona que no distingue entre propiedad intelectual y propiedad industrial, como sí se hace en la literatura española.

El profesor Mark A. Lemley, de la *Stanford Law School*, considera el término como la consolidación de una moda que nació en 1967, con la creación de la *World Intellectual Property Organization* (conocida en el mundo hispanohablante como *OMPI u Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*) que ha terminado consolidando el término para el ámbito de actuación en el que desenvuelve su actividad.

La OMPI (2010) define la Propiedad Intelectual de la siguiente manera: “La propiedad intelectual (P.I.) tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio.

La propiedad intelectual se divide en dos categorías: la propiedad industrial, que incluye las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de procedencia; y el derecho de autor, que abarca las obras literarias y artísticas, tales como las novelas, los poemas y las obras de teatro, las películas, las obras musicales, las obras de arte, tales como los dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y los diseños arquitectónicos. Los derechos relacionados con el derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones y ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión […]”.

Quedan por tanto así diferenciados de forma fehaciente en función de su ámbito de aplicación:

- la propiedad industrial, que abarca el apartado más técnico de la propiedad intelectual.

- el derecho de autor, que regula el ámbito artístico de la propiedad intelectual.

Los derechos derivados del derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones y ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión.

Richard Stallman (2006) en su ensayo *Did You Say “Intellectual Property”? It's a Seductive Mirage* ya planteaba la necesidad de no hacer uso del término propiedad intelectual como forma genérica de referirse a cada uno de los derechos que agrupa, sino de hacerlo de forma individualizada para cada uno de ellos. Como él mismo describía[394]:

> “La legislación sobre los derechos de autor fue diseñada para promover la autoría y el arte, y se aplica a los detalles de la expresión de una obra. La legislación sobre las *patentes* iba dirigida a animar a la publicación de ideas útiles, al precio de dar un monopolio temporal sobre ella, un precio que puede merecer la pena pagar en unos campos y no en otros.
>
> La legislación sobre *marcas*, en cambio, no estaba destinada a promover ninguna actividad en particular, solo a permitir a los compradores saber qué están comprando. Sin embargo, los legisladores bajo la influencia de la «propiedad intelectual» la han convertido en un esquema que proporciona incentivos a la propaganda”.

Por la naturaleza de la propia Internet, debemos atender al derecho de autor como la parte de la propiedad intelectual que regula su actividad. En realidad, el derecho de patentes y marcas apenas tiene su reflejo en lo referente a los registros de los nombres de dominio, y es éste un derecho poco controvertido. Una vez realizada esta aclaración, no debemos perder la perspectiva de que *el derecho de autor nació con la finalidad de defender los derechos de los editores, no de los autores* y así viene reflejado en la legislación relativa a la propiedad industrial desde el siglo XVII como veremos a continuación.

[394] La cursiva es nuestra.

ISBN 978-84-694-0081-4

2. El derecho de autor en la historia: un modelo de gestión acorde con el editor

Aunque no es correcto hablar de propiedad intelectual, en sentido estricto, podemos afirmar que se trata de un concepto que ha estado vigente desde el principio de la historia. Comenzando con las limitaciones de acceso al conocimiento (antiguamente prohibido), que se ha mantenido desde tiempos inmemoriales por multitud de credos; desde el conocimiento secreto de los sacerdotes egipcios, pasando por los oráculos griegos y romanos, los druidas celtas o, en última instancia, los monjes cristianos. Como reflejaba Burke (2002)[395:]: *"El clero medieval, ya mucho más cercano cronológicamente, se aprovechaba de su monopolio sobre la cultura para mantener y asegurar un nivel de influencia social y de poder sobre el resto de los estamentos sociales, incluida la realeza, que era analfabeta"*. Hablamos, entonces, de la tradición de restringir el acceso a la cultura o el saber en según qué condiciones.

El primer gran momento histórico que favoreció el reconocimiento de la existencia del derecho de autor fue la aparición de la imprenta de Gutenberg en 1454. La invención de la misma supone el primer vehículo de popularización del conocimiento al permitir reproducir y difundir a gran escala contenidos impresos. Fue en ese momento cuando el derecho realmente se ve en la acuciante necesidad de regular todas las cuestiones nacidas a partir de este nuevo tipo de propiedad (Díaz, 1999).

El primer estado que optó por la regulación de los derechos de autor fue Francia, durante el siglo XVI, con una regulación prácticamente inaplicable que exigía la autorización Real de cualquier obra impresa.

El Reino Unido fue el siguiente en abordar la cuestión en 1557 creando un monopolio –*Stationer's Company*– gestionado de forma directa por la Iglesia (sólo las universidades escapaban a su control), sobre el uso de la imprenta. Con este sistema se cumplía una doble intención, se controlaba el contenido y, de forma secundaria, se protegían las obras de las falsificaciones. Fue el primer ejemplo de legislación directa de la propiedad intelectual.

Durante la Revolución Gloriosa de 1668, cambió la situación, permitiendo la libertad de impresión, sin autorización previa. Por vez primera el mercado estuvo por encima de la propiedad intelectual.

---

[395] Citado por Sádaba (2008: 28)

ISBN 978-84-694-0081-4

En 1709, el Parlamento británico se vio obligado a restaurar el modelo anterior a través del *Statute of Anne* debido a la situación caótica de copia indiscriminada y a la escasez de producción intelectual que llegaba a editarse, principalmente porque los editores británicos sólo imprimían aquellas obras que estimaban rentables. La finalidad de esta nueva ley fue la de *proteger al editor, no al autor*; reconociendo a los editores facultades puramente patrimoniales, pero sin dotar al autor de reconocimientos sobre la autoría –"son el librero y el tipógrafo quienes obtienen beneficio, no el autor que debía acordar su propia compensación con el editor" (Guedon 2002).

El modelo retributivo del autor, hasta esa fecha, había sido el tradicionalmente conocido como *mecenazgo*, en el que las aportaciones dinerarias de un patrocinador soportaban los gastos del artista. Pero a raíz de la patrimonialización de los derechos de autor se abrió una vía para que los autores pudiesen independizarse; a partir de ese momento los autores podían comercializar su obra de forma, más o menos, autónoma,

No será hasta 1755 cuando en la *"Enciclopedia Francesa"* se reconozca *por vez primera al escritor* el derecho de propiedad sobre sus obras, derecho que tendrá su reflejo legal en una ley de 1793, posterior a la revolución, que preveía la posibilidad de ceder o vender tanto la propiedad completa de la creación como sólo una parte. Además, el derecho no abarcaba únicamente la producción de las bellas artes, sino también su reproducción.

Hubo que esperar hasta que la propiedad intelectual comenzó su periplo estadounidense, cuando se planteó una posición más ecléctica que buscaba alcanzar un equilibrio entre los incentivos individuales y los beneficios sociales.

La adaptación de los derechos de propiedad intelectual en Estados Unidos durante el siglo XIX superaba las nociones de control de la autoridad o el mero trabajo intelectual, su objetivo supuso un intento de compensar la creación a cambio de fomentar el progreso colectivo, de forma que el *copyright* no actuaba como un mero filtro de contenidos o un mecanismo de retribución laboral, se había convertido en una concesión limitada para estimular la actuación creadora y artística.

Sádaba (2008) recoge como con la llegada del cine se acelera todo el proceso; analizando cada una de las posteriores innovaciones tecnológicas (radio, tocadiscos y televisión) que vienen de la mano de cada nuevo invento

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

y método de replicación o reproducción (magnetófono, magnetoscopio, lector de casetes, lector de vídeo, etc.). Progresivamente, las relaciones de los autores con la obra producida comienzan a cambiar a causa de las tecnologías de difusión: la obra de arte entra en la "época de la reproductibilidad técnica".

Es entonces cuando se redefinen los perfiles del autor y su vínculo con lo producido, y con las empresas que lo financian. Los discos y las películas tienen que ser regulados de manera novedosa, hay que asegurar una compensación económica a autores y propietarios ante su reproducción masiva (pública o privada).

La *Copyright Act* estadounidense establecía en 1909 que una película era de quien la había financiado (productor, cadena, compañía, mecenas o lo que corresponda) durante 25 años (renovable) si quedaba registrada en la Biblioteca del Congreso (Washington). Esto supuso un respaldo a las tesis más mercantilistas de la propiedad intelectual, en detrimento de los verdaderos creadores como directores, guionistas o realizadores (que podían ser sustituidos al gusto por el propietario cuando éste quisiera, según dicha ley).

En Europa, más fieles al acuerdo firmado en la Convención de Berna (1923), la propiedad mantenía un status compartido, y repartido, entre el productor y el realizador.

Conforme los medios audiovisuales, radio y televisión, incrementaron su alcance y su audiencia, se volvieron más complejas las formas de retribución y distribución de los derechos de autor. En principio se optó por copiar el sistema de remuneración utilizado en los espectáculos donde, el propietario de la obra, cobraba en función de la cantidad de veces que la obra era reproducida o proyectada. En Estados Unidos los autores no cobraban en función de la cantidad de reproducciones de la obra; era el productor (auténtico propietario y beneficiario) quien obtenía ese beneficio, percibiendo el autor una cantidad invariable.

Con el crecimiento de la industria cultural, se hizo habitual que el número de intermediarios que aparecieron entre el público y el autor aumentase, apareciendo figuras como los impresores, editores, productores, agentes, distribuidores, etc.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

La industria cultural nunca ha recibido la innovación en los medios técnicos con excesivo entusiasmo; así, la aparición de maquinaria para replicar, copiar o reproducir, como por ejemplo la fotocopiadora, el magnetófono, la grabadora de casetes, los vídeos, etc. (Boyle, 2003; Attali, 1989). Para los "empresarios culturales", auténticos gestores de los derechos de propiedad intelectual, ha sido primordial el conseguir limitar su venta, imponer tasas, dificultar la copia, etc. Mientras el derecho se ha encargado de proteger no la obra, sino la utilización que se puede hacer de ella sin el consentimiento del autor (Attali, 1989).

La legislación, como suele ser habitual, no va a la par de los avances técnicos ya que le es imposible regular problemas inexistentes. Ésta encuentra dificultades para ejercer la función de control que se le supone y pretende, de forma que trata de ajustar intervención legal para la defensa de los bienes en conflicto frente a las novedades de la tecnología.

En 1996 fue presentada una propuesta de directiva para armonizar los regímenes nacionales sobre el "derecho de participación" del autor en el beneficio de obras de arte originales. En noviembre de 1996 se aprobó otra comunicación con la intención de establecer un segundo libro verde sobre los derechos de autor. Fue un proceso que contó con consultas "a los medios interesados", y que acabó tras la aprobación de la directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la "sociedad de la información" (que pretendía adaptar la regulación jurídica a la evolución tecnológica). El otro punto que el legislador trató de adoptar fue la incorporación al ordenamiento jurídico europeo de dos tratados; aprobados en 1996 por la WIPO/OMPI y promulgados en marzo de 2000.

La llegada y popularización de las comunicaciones digitales (con Internet a la cabeza) quebró el equilibrio, ya bastante inestable, que se había ido forjando con anterioridad (Lessig, 2005). Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación sobrepasaban en gran medida los supuestos previstos en las leyes obligando a los gobiernos a optar por *una disyuntiva: desarrollar* nuevas regulaciones que abarquen las nuevas situaciones surgidas al amparo de las nuevas tecnologías, *o adaptar* las regulaciones existentes cubriendo aquellos espacios que carecían de cobertura legal.

ISBN 978-84-694-0081-4

3. Internet, un reto para la gestión de los derechos de autor conforme al modelo tradicional

La industria de la propiedad intelectual ha quedado desbordada con la irrupción de Internet. La defensa de la propiedad intelectual es el reflejo del poder y la capacidad de influencia que, en un momento histórico concreto, la industria de la edición tenía frente al legislador. Bordieu (1997) se refiere a esta relación indicando que el campo jurídico no constituye un ecosistema limpio e impoluto de toda componenda política o libre de los imperativos de la economía. El hecho de lograr hacerse reconocer como tal, neutro y autónomo, conquistando su objetiva independencia, contribuye a producir unos efectos sociales absolutamente reales (en primer lugar, sobre aquellos cuya profesión consiste en interpretar las leyes y establecer jurisprudencia). Responde, en cambio, a correlaciones de fuerzas dadas, a estructuras sociopolíticas concretas y a fases históricas en las que está incrustado y con las que interacciona.

Pero el efecto que ha supuesto la comunicación en la red ha dado un vuelco a las aspiraciones de la industria del entretenimiento. Las nuevas tecnologías han supuesto dos hitos bastante importantes, y hasta el momento imposibles de abordar, para la industria cultural que cabe señalar. Se ha conseguido popularizar el conocimiento acercando los contenidos desarrollados a lo largo del tiempo por la humanidad –como la ciencia, el arte, la música, o el cine– a un público que anteriormente *no tenía capacidad para acceder* a él. Además ha permitido que esta popularización haya sido posible a un coste despreciable gracias al increíblemente bajo coste de duplicación que la tecnología posibilitaba.

La industria cultural ha visto reducida su capacidad de control sobre los contenidos existentes en el mercado, además de la ruptura del monopolio que mantenían antes de la aparición de este nuevo canal. Así lo reflejaba Lessig (2008) cuando indicaba, que ya en septiembre de 1995, la industria de contenidos comenzó a diseñar *una estrategia para proteger un modelo de negocio* frente a las tecnologías digitales. En 1997 y 1998, esta estrategia fue implementada a través de una serie de nuevas leyes destinadas a extender el tiempo de *copyright* de la obra, reforzar las penalidades criminales para los que infringen el *copyright*, y para punir el uso de tecnologías que intentaban evitar las trabas digitales colocadas en el contenido digital. Sin embargo, esta estrategia se ha encontrado con la oposición de los principales desarrolladores y empresas que crearon Internet. Aquellos que defienden la

ISBN 978-84-694-0081-4

neutralidad de la red, estiman que Internet debe permanecer sin cambios para garantizar que sus contenidos no serán objeto de manipulación por aquellos que gocen de los privilegios suficientes para alterarlos.

La aparición de una sociedad plenamente interconectada ha permitido la generación de una cantidad de oportunidades nunca acontecida hasta ahora. El acceso a la información y al conocimiento en general (a la formación profesional, a la cultura, a la ciencia y al puro entretenimiento) se hace ahora más fácil y barato que nunca, en términos de costes de adquisición y de producción.

Los contenidos disponibles en Internet en forma de datos, textos, imágenes, videos… están en continuo crecimiento, y, a diferencia de los grandes "almacenes" del saber tradicional como las bibliotecas o videotecas, en Internet es posible incorporar, para su consulta, nuevo conocimiento de forma casi inmediata.

La red se ha convertido en una nueva biblioteca de Alejandría que pugna por abarcar todo el conocimiento que ha existido, existe y posiblemente existirá… Un ambicioso proyecto en el que participan cada una de las personas que de forma habitual se conectan a la red, Pero para los intermediarios, aquellos que controlaban el monopolio del conocimiento, el acceso a los bienes creativos que ha existido un cambio importante.

Por primera vez en su existencia, no son capaces de controlar la distribución del conocimiento. Se sienten amenazados, y en lugar de adecuar su modelo de gestión a las nuevas tecnologías, han optado por seguir su sistema habitual de actuación (como hemos visto anteriormente) de impedir el uso de las tecnologías de acceso a la información y castigar a aquellos que acceden a los contenidos.

Nos encontramos, por tanto, en una interesante disyuntiva. De un lado se ha alcanzado el objetivo de aprovechar las nuevas tecnologías para divulgar el conocimiento (y alcanzar un mayor enriquecimiento cultural), y de otro lado, los usuarios consumidores de la cultura son criminalizados por leyes, dictadas bajo el discurso de la industria del entretenimiento (adalid de los autores) amparada por una legislación dirigida a limitar su expansión.

James Boyle (2003) hablaba de proteger una "renta de monopolio" (*monopoly rent*). Y la culpa recae sobre quien accede y propaga cultura sin pagar. El autor, en realidad, poco tiene que ver con esta historia. Los

ISBN 978-84-694-0081-4

derechos de autor son ampliamente asumidos por quien retiene el *copyright* o las patentes, y, en este caso se trata casi siempre de intermediarios. No resulta extraño que los principales precursores de las restricciones en el uso y acceso a Internet sean los principales grupos de comunicación y el entretenimiento.

Si en el siglo XX tuvimos constancia de la *Era de la Energía* o la de la Electrónica, el siglo XXI es, sin lugar a dudas (y hasta que haya un nuevo cambio que la desbanque) la *Era del Conocimiento*.

3. 1. Un cambio en el sistema de distribución: soporte físico frente a digital

Los nuevos activos de la economía ya no son tanto la tierra, las materias primas o el trabajo; *la información* es lo que hoy en día marca la diferencia en la producción. Si evaluamos el coste de cualquier producto que podemos adquirir, encontraremos que un porcentaje del mismo corresponde al valor de fabricación, pero el mayor coste del mismo poco tendrá que ver con el importe del material que lo compone, gran parte de su coste servirá para pagar la investigación, el diseño, las estrategias de marketing, la publicidad… los llamados “intangibles”. Ya que el valor agregado de un producto reside cada vez más en el conocimiento incorporado en su diseño y producción que en el propio producto en sí. O sea, el conocimiento, la información organizada, representan un factor de producción, un capital económico de primera línea.

Si trasladamos estas reflexiones a los bienes cuya naturaleza tiene su razón de ser en los derechos de autor, el diferencial se dispara. Sólo habría de valorarse el contenido de un libro por el peso del papel que lo compone o de un cd de música por la cantidad de componente plástico utilizado en su fabricación; pero no es así, *el valor es la obra*. Hasta ahora, cuando la disponibilidad de estos productos exigía la existencia de ese soporte material (el libro impreso, el disco, la cinta) era natural que fuese cobrado el costo incorporado. Es más, sin la intervención del editor, sin la emisora de TV/radio o las grandes distribuidoras, era complicada la difusión de la creación. Estos intermediarios eran los encargados de propagar y dar a conocer la cultura y el conocimiento.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

Sin embargo, el soporte físico está cada vez más en desuso, la alternativa digital ofrece mayores ventajas económicas, de producción, de distribución… pero el precio se mantiene. Hoy en día, estas mismas corporaciones intentan evitar la disponibilidad, pues con la era digital, podemos apreciar un libro, una música, un film, sin precisar de soporte material. La lógica económica del conocimiento difiere de la que rige en la producción física. El producto físico entregado por una persona, siguiendo la "*traditio*" romana, deja de pertenecerle. El conocimiento, como bien inmaterial, permite su transmisión entre personas sin que ello suponga una merma del original. En términos económicos, estaríamos ante lo que se denominan bienes "no rivales".

Como ya recogíamos para este mismo ámbito en Hernández-Carrión (2005: 125): "En el nuevo marco, gran parte de la producción de los bienes no solo tienen costes marginales decrecientes, sino que incluso no tienen ningún coste marginal adicional y no se gastan ni limitan en su uso. Ese es el gran atractivo de la revolución de la Era Digital. En el mundo del digital tú puedes escuchar infinitas veces una canción sin desgastar el soporte, copiarla sin coste monetario y crear bucles culturales de retroalimentación como nunca habían sido imaginables con anterioridad. Simplemente es desde este punto de vista que al ciudadano se le limita el acceso a su propia cultura, incluso a los bienes que tradicionalmente ha provisto el estado. Se le podrá obligar a pagar precios abusivos por productos que no tienen coste alguno para la empresa simplemente con el propósito de maximizar los márgenes de ganancia por delante de cualquier otra consideración".

Thomas Jefferson, en 1983 fue muy elocuente: "Si la naturaleza ha hecho una cosa menos susceptible que ninguna de la propiedad exclusiva, es la acción del pensamiento denominada idea… Las ideas deberían diseminarse de persona en persona por todo el planeta, por la moral y mutua instrucción del ser humano, y mejorando su condición, parece haber sido particular y benevolentemente diseñada por la naturaleza, de forma que en su diseño, como el fuego, pueda expandirse ocupando todo el espacio, sin disminuir su densidad en ningún momento, y como el aire que respiramos, donde nos movemos y existimos físicamente, sin posibilidad de confinamiento o apropiación de forma exclusiva. Las invenciones, por su

ISBN 978-84-694-0081-4

naturaleza, no pueden ser objeto de propiedad o apropiación" (Lessig, 2001: 94)[396].

En términos generales el conocimiento se acomoda mal a la propiedad privada. Es por eso que los derechos de propiedad intelectual, derechos de autor e industrial, sólo garantizan derechos de explotación exclusiva durante un período limitado de tiempo. Por lo tanto, y valorando la teoría general económica en la que sólo la escasez de un bien incrementa su precio ¿qué debe hacerse para encarecer un bien que no se agota con su transmisión? *Restringir su capacidad de difusión*. Esto generará que mientras la gran batalla del siglo XX se centró en la propiedad de los medios de producción, *la batalla del siglo XXI se va a centrar en la libertad de distribución*.

En cierta manera, se forma una gran tensión entre la sociedad actual, cada vez más centrada en el conocimiento, y el sistema legal basado en productos materiales característicos del siglo pasado. Lo esencial aquí, es que el conocimiento, una vez desarrollado, es indefinidamente reproducible, y, por lo tanto, sólo se transforma en valor monetario cuando alguien se apropia de él, impidiendo que otros puedan tener acceso al mismo sin pagar un canon por uso. Para los que intentan controlar el acceso al conocimiento, éste sólo adquiere valor de venta al crearse artificialmente, por las leyes y no por los mecanismos económicos que de forma natural lo generarían, como la escasez. Por simple naturaleza técnica del proceso, la aplicación a la era del conocimiento de las leyes de la reproducción de la era industrial supone una mayor dificultad para el acceso a los contenidos.

Es reseñable que, mientras los gobiernos luchan por facilitar la circulación de bienes físicos de forma global en todos sus territorios, de otra parte tratan de impedir la libre circulación de ideas y de creación artística (en parte por la influencia de las corporaciones de gestión de derechos). Los mismos intereses que llevaron a globalizar el territorio para facilitar la circulación de bienes, llevan ahora a fragmentar y a dificultar la circulación del conocimiento. Es sin duda *la libertad económica para la corporación, pero a costa de la libertad del usuario* (Dowbor, 2009).

---

[396] Citando a T. Jefferson: "If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea…That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density at any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement, or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property" (p. 94). Ver también Boyle, op. cit., p. 20.

ISBN 978-84-694-0081-4

3. 2. Intencionalidad del derecho de autor, ¿innovar o retribuir?

El desarrollo del conocimiento debe ser retribuido, pero el conocimiento en sí no puede considerarse una “propiedad” en el sentido tradicional del término. Hay que buscar nuevos modelos que permitan a los autores/creadores/inventores ser económicamente compensados de una forma equitativa por su labor creativa, pero siempre manteniendo el foco en el hecho que la finalidad de los derechos de Propiedad Intelectual no tienen su razón de ser en el aspecto económico, la propiedad intelectual pretende garantizar la innovación, busca fomentar la creatividad futura, para ello debe garantizar que todo bien inmaterial que sea protegido por la legislación de derechos de autor, o industrial, vuelva en un plazo razonable al dominio público y así evitar que mecanismos de defensa como las patentes sean utilizados para impedir la innovación en lugar de fomentarla.

Una opción que podría contemplarse, como ya se hace en alguno países es hacer prevalecer el “*use it or lose it*”, de forma que el reconocimiento que se haga a una persona o empresa de una patente o de *copyright* no pueda utilizarse para paralizar el desarrollo. *El conocimiento tiene una función social*.

Según James Boyle (2008: 224), “la mayor parte de las grabaciones de sonido hechas hace más de cuarenta años atrás están comercialmente inaccesibles. Después de cincuenta años, apenas un minúsculo porcentaje aún está siendo comercializado y sería extremadamente difícil encontrar a los dueños de los restantes; pueden haber muerto, cerrado el negocio, o simplemente haberse desinteresado. Lo mismo acontecería si el compositor pudiera ser encontrado, el pago por medio de una asociación coleccionadora, sin el consentimiento del dueño del *copyright* sobre la grabación musical, la obra tiene que quedar en la biblioteca. Estas son las “obras huérfanas”, una categoría que probablemente constituye la mayor parte de los productos culturales del siglo XX. Mientras tanto, como ya fue mencionado, sin la autorización del dueño del *copyright* es ilegal copiar o redistribuir o ejecutar estas obras, mismo sobre una base sin fines lucrativos. El objetivo del *copyright* es de alentar la producción y acceso a obras culturales. *Desempeñó su papel fortaleciendo la producción, si bien ahora opera como una cerca para impedir el acceso*. Conforme pasan los años, continuamos el proceso de cierre del ciento por ciento de nuestra cultura registrada de cada

ISBN 978-84-694-0081-4

determinado año para beneficiar un porcentaje cada vez menor –los ganadores de esta lotería– en una política cultural grotescamente ineficiente”[397].

Con la introducción de las nuevas tecnologías, los costos de transacción de los sistemas propietarios son generalmente más elevados –en términos de tiempo, dinero, menor comunicación, menor capital humano…– que los beneficios que se obtienen. Además, el perjuicio que se causa por el freno de la capacidad social de creación es mucho mayor que el beneficio meramente económico que se obtiene de la explotación de esos derechos; como ejemplo podemos citar el caso de las empresas farmacéuticas, que explotan las patentes de las vacunas en países en desarrollo: ¿Cuántas muertes deben acaecer para que el coste de éstas vacunas sea equiparable al coste material de fabricación?

3. 2. ¿Conocimiento libre para una sociedad libre?

En determinadas áreas del conocimiento están surgiendo iniciativas dirigidas hacia una mayor racionalización del uso de la propiedad intelectual, El libre acceso es económicamente más viable y productivo, y resultará en más –y no menos– actividades creativas.

“Lo que tenemos por delante, son menos apelaciones dramáticas a la ley y la ética, y más buen sentido en la redefinición de las reglas de juego que protejan al autor de innovaciones, los diversos intermediarios, y sobre todo el interés final de toda creación, que es el enriquecimiento cultural y científico de toda la población. El hecho de que bienes culturales y educacionales se volviesen casi gratuitos gracias a las nuevas tecnologías, no debe constituir un drama, y sí una inmensa oportunidad. En una era en que se destinan

[397] En el original inglés: “The majority of sound recordings made more than forty years ago are commercially unavailable. After fifty years, only a tiny percentage are still being sold. It is extremely hard to find the copyright holders of the remainder. They might have died, gone out of business, or simply stopped caring. Even if the composer can be found, or paid through a collection society, without the consent of the holder of the copyright over the musical recording, the work must stay in the library. These are “orphan works” – a category that probably comprises the majority of twentieth-century cultural artifacts. Yet as I pointed out earlier, without the copyright holder’s permission, it is illegal to copy or redistribute or perform these works, even if it is done on a nonprofit basis. The goal of copyright is to encourage the production of, and public access to, cultural works. It has done its job in encouraging production. Now it operates as a fence to discourage access. As the years go by, we continue to lock up to 100 percent of our recorded culture from a particular year in order to benefit an ever-dwindling percentage –the lottery winners– in a grotesquely inefficient cultural policy”.

ISBN 978-84-694-0081-4

inmensos recursos para la educación en el mundo, intentar trabar el acceso no sólo no es legítimo, ni ético, como constituye un contrasentido” (Dowbor, 2009).

En el fondo toda invención tiene su origen en un conocimiento previo que ha servido de base para desarrollar las nuevas teorías. El conocimiento no está aislado, forma parte de *un sistema* en el que cada miembro aporta una pequeña parte por cada mil que toma, asumiendo como propia la labor de miles de creadores que anteriormente ejercieron su actividad, esto es válido para investigadores, escritores, ingenieros, músicos… no existe ninguna rama de la creación que no necesite de un pasado para innovar. Por consiguiente, no es descabellado afirmar que la innovación es un proceso socialmente construido, y debe haber límites a su apropiación individual.

Para dar un ejemplo traído por Alperovitz y Daly (2008), cuando Monsanto adquiere control exclusivo sobre determinado avance en el área de semillas, como si la innovación tecnológica fuese un aporte apenas de ella, olvida el proceso que sustentó estos avances. Lo que ellos no precisan considerar –nunca– es la inmensa inversión colectiva que llevó a la ciencia de la genética de sus inicios aislados al punto en que la empresa toma su decisión. Todo el conocimiento biológico, estadístico y otro sin el cual ninguna de las semillas altamente productivas y resistentes a enfermedades podrían ser desarrolladas –y todas las publicaciones, investigaciones, educación, entrenamiento e instrumentos técnicos relacionados sin los cuales el aprendizaje y el conocimiento no podría haber sido comunicado y fomentado en cada estadio particular de desarrollo, y entonces repasado durante el tiempo apropiado, también en una fuerza de trabajo entrenada de técnicos y científicos –todo eso llega a la empresa sin gravamen, un presente del pasado.

Si añadimos la posibilidad de que esos conocimientos puedan haber sido desarrollados con dinero público, la situación se agrava más si cabe. Existe algún movimiento, como dice Eckersley (2009), que hace campaña para que los artículos científicos sean de libre acceso hacia el público, que es quien al final pagó por la investigación con sus impuestos. Históricamente, la mayor parte de los textos científicos quedó confinada a publicaciones caras y esencialmente disponibles apenas para personas con ligazones universitarias. Algunos editores se resistieron al movimiento de libre acceso, pero la tendencia es la contraria. En marzo de este año, por ejemplo, el congreso americano tornó permanente la exigencia de que toda investigación financiada por el Instituto Nacional de Salud sea abiertamente accesible, y

otros países están siguiendo ese ejemplo. Es seguro prever que dentro de una década o dos, la literatura científica estará *online, libre y disponible* para investigación.

Internet se enfrenta al reto de tratar de mantener su espíritu intacto, conseguir que se convierta en el reflejo de lo que debería ser la base de una sociedad más libre y equitativa. Si el alma de la red es el conocimiento y la información, la legislación que se encargue de regularla, debe ser lo suficientemente abierta para garantizar los derechos de los usuarios que buscan un *mayor acceso a la cultura, la información o el conocim*iento.

4. La sociedad del conocimiento, un hecho jurídico a proteger

El legislador debe asumir una posición con perspectiva, hacer un esfuerzo para no sucumbir a las tesis de la industria de los contenidos, que sigue defendiendo el hecho de mantener a la gente aislada con tal de no perder sus privilegios, en lugar plantearse cambios en su estructura que les permita continuar en el negocio de una forma más equitativa, más social.

Cuando las principales empresas del sector de las tecnologías de la información –Adobe, Google, IBM, Oracle, Nokia, etc.– asociadas en la ECIS[398] expresan su preocupación por la gestión de la negociación del ACTA [399].

En concreto los socios de ECIS muestran su rechazo por la regresión que supone el Acuerdo Anti-Falsificación (ACTA) en relación con la ya de por si muy restrictiva Directiva 2001/29/CE, en la que al menos se alcanzó el acuerdo, gracias al Parlamento Europeo, como reconocen textualmente los miembros de ECIS en el comunicado, para permitir eludir las medidas tecnológicas de protección de los programas de ordenador (amparados por las leyes sobre derechos de autor) que permitan adecuar la interoperabilidad y prevenir que se obstaculice la competencia y la innovación.

---

[398] Una asociación sin ánimo de lucro de carácter internacional fundada en 1989 cuyo fin es promover un entorno favorable para la creación de soluciones tecnológicas para la información y la comunicación. Representa a sus miembros en asuntos relacionados con la interoperabilidad y competencia, especialmente las instituciones de la Unión Europea y la OMPI.

[399] El Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA, Acuerdo comercial anti-falsificación) es una propuesta para un acuerdo comercial plurilateral, según sus promotores, en respuesta al "incremento de los bienes falsificados y obras protegidas por copyright en el mercado global". El ámbito de ACTA es amplio, incluyendo la falsificación de bienes físicos, así como la "distribución en Internet y las tecnologías de la información.

ISBN 978-84-694-0081-4

Pero ECIS denuncia que ACTA no hace está excepción de forma que ninguna disposición del presente borrador del ACTA indica que tales disposiciones no se aplican a los programas de ordenador, dejando la interpretación mucho más abierta.

ACTA extiende el sistema de patentes de Estados Unidos al resto del mundo, con la inseguridad jurídica que supone el hecho que los criterios de patentabilidad en el espacio jurídico europeo y estadounidense difieren. De esta forma en el ámbito de aplicación del software (no patentable en Europa) se daría la situación que con la redacción actual del ACTA se criminaliza la "infracción de patentes de software" con condena de cárcel incluidas.

El impacto sería particularmente grave en el ámbito de la interoperabilidad de software, ya que la imposición de sanciones penales a los desarrolladores supondría una merma en la capacidad innovadora y de desarrollo de los programadores europeos.

Para concluir, ECIS critica a la Unión Europea y la falta de transparencia llevada a cabo en las negociaciones de un acuerdo comercial de estas características y con las implicaciones que tiene; económicas, pero sobre todo en lo referente al derecho de los ciudadanos en lo concerniente al secreto en las comunicaciones.

Sobre el camino que el legislador deberá tomar frente a la regulación de Internet, nos resultaría complicado definir el mismo. Ante todo, parece fundamental no perder la perspectiva, y tratar de regular el marco general valorando únicamente la problemática de la propiedad intelectual. Si en la época de la Revolución Industrial, el legislador hubiese defendido al gremio frente a la nueva maquinaria, no estaríamos hablando de una revolución que fue.

El término *revolución implica cambio* y por definición, todo cambio es traumático pues implica el romper con una estructura establecida para la creación de otra nueva radicalmente diferente. Ese cambio ya existe en el mundo de la propiedad intelectual.

Desde finales del siglo pasado ya existen movimientos que han optado por nuevos *sistemas de retribución de los autores*, han dejado el soporte físico, obsoleto, por sistemas de distribución digital, pero abren nuevos mercados para otros productos complementarios. Por poner algunos ejemplos, en el ámbito del software hay dos corrientes –Software Libre y Software de Fuentes Abiertas (*open-source*)– que ofrecen su producto sin coste para el usuario, pero ofertan servicios complementarios de interés para el usuario como la personalización, instalación o mantenimiento. Si trasladamos el ejemplo al campo de la música, hay autores que optan por distribuir su música de forma gratuita en la red, como forma de publicitar su

ISBN 978-84-694-0081-4

producto, incluso los hay que renuncian a los derechos económicos que, como autores, les correspondería por su obra, ya que estiman que el beneficio económico que les reporta ese aspecto comercial es despreciable en comparación con el beneficio que le supone el ampliar su base de potenciales asistentes a conciertos.

En resumen, el horizonte a seguir es tal vez aquel que describía Francis Fukuyama (1999): "una sociedad basada en la información suele producir más cantidad de dos bienes muy valorados en las democracias modernas: libertad e igualdad. La libertad ha aumentado exponencialmente a través de Internet, y las jerarquías empiezan a desmoronarse". No debemos renunciar a *los dos pilares de la nueva sociedad del conocimiento, la cultura y la libertad* de la red, pero el camino no está libre de dificultades.

Bibliografía

ALPEROVITZ, G. y DALY, L.*, Unjust Deserts*, The New Press, New York, 2008.

ATTALI, J.*, Historia de la propiedad*, Planeta, Barcelona, 1989.

BOURDIEU, P.*, Sobre la televisión*, Anagrama, Barcelona, 1997.

BOYLE, J.*, The public domain: Enclosing the commons of the mind*, Yale Univ Press, New Haven, 2008.

BOYLE, J., "The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain"*, Law and contemporary problems*, 2003, págs. 33-75.

BOYLE, J.*, Shamans, software, and spleens: Law and the construction of the information society*, Harvard Univ. Press, 1996.

BURKE, P.*, Historia social del conocimiento. De Gutenberg a Diderot*, Paidós, Barcelona, 2002.

DÍAZ NOCI, J., "Periodismo y derechos de autor: evolución histórica de la protección jurídica sobre la obra informativa"*, ZER Revista de Estudios de Comunicación*, 1999, 6.

DOWBOR, L.*, De la Propiedad Intelectual a la Economía del Conocimiento*, dowbor.org, 2009.

ISBN 978-84-694-0081-4

ECKERSLEY, P., "Knowledge wants to be free too", *New Scientist*, 2009.

FUKUYAMA, F., *La gran ruptura. La naturaleza humana y la reconstrucción del orden social*, Atlántida, Madrid, 1999.

HERNÁNDEZ-CARRIÓN, J.R., "El marco legal de las TICs como potencial constrictor de espacios y libertades en favor de intereses corporativos y empresariales", en COTINO HUESO, L. (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Granada, 2005, págs. 115-132.

LESSIG, L., *Remix: Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Penguin Press, 2008.

LESSIG, L., *Por una cultura libre. Cómo los Grandes Grupos de Comunicación Utilizan la Tecnología y la Ley para Clausurar la Cultura y Controlar la Creatividad*, Traficantes de sueños, Madrid, 2005.

LESSIG, L., *The future of ideas: The fate of the commons in a connected world.*, Random House, New York, 2001.

OMPI-ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *¿Qué es la propiedad intelectual?*, disponible en: http://www.wipo.int/about-ip/es/ [15/09/2010], actualizado en: 2010.

SÁDABA, I., *Propiedad intelectual:¿ bienes públicos o mercancías privadas?*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008.

STALLMAN, R.M., *Did You Say'Intellectual Property'? It's a Seductive Mirage*, disponible en: http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.html [15/09/2010], actualizado en: 2006.

ISBN 978-84-694-0081-4

VII. La quintesencia de la quinta libertad: libre utilización de las obras protegidas por la propiedad intelectual en educación e investigación

Javier Plaza Penadés

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Valencia

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado “Audios y vídeos del Congreso”.

Resumen:

El estudio parte de los conceptos básicos de propiedad intelectual y derechos de autor para centrar la atención en los límites y excepciones a la propiedad intelectual (reproducción, distribución y comunicación pública, incluida la puesta a disposición en redes de comunicación durante la vigencia de los derechos -límites materiales. o su limitación temporal. Se tiene especial consideración de los límites temporales a los derechos de explotación y dominio público (fair use o usos limpios u honestos) y se analizan las tres fases o requisitos aplicables. Sobre esta base se observa la Directiva de Derechos de autor en la sociedad de la información, incompleta en sí misma y se censura la Ley Propiedad intelectual reformada en 2006 al respecto del límite para el ámbito de la educación (no de la investigación) y además de forma rigurosa por cuanto afecta a pequeños fragmentos de obras y la investigación, queda reducida a los actos que se permite para las bibliotecas y hemerotecas en el artículo 37 de la Ley de Propiedad. Se entiende que la Unión Europea tiene una visión mucho más permisiva que la restrictiva y poco funcional legislación española a la hora de permitir la utilización de materiales protegidos por el derecho de autor para fines de educación e investigación.

Palabras clave: *Internet, propiedad intelectual, fair use, educación e investigación, Unión Europea, libertades comunitarias.*

1. Concepto y naturaleza jurídica de la propiedad intelectual

La propiedad intelectual en España se regula en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual[400].

En dicho texto, y según su propia sistemática, se distingue entre los llamados "Derechos de autor", regulados en Libro Primero TRLPI, y los "Derechos afines, vecinos o conexos" (al derecho de autor), regulados en Libro Segundo bajo la rúbrica "otros derechos de propiedad intelectual"; ya que en el libro III se contiene la protección de los derechos reconocidos en esta ley (Derecho de autor y Derechos afines, vecinos o conexos).

La distinción entre los "derechos de autor" y los "derechos afines, vecinos o conexos" o bien radica en su distinto titular (pues los derechos de autor tienen como titular al autor o autores en el sentido en que especifican los artículos 5 y siguientes del TRLPI, mientras que los titulares de los derechos afines, vecinos o conexos son personas distintas del autor, tales como artistas, intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas, productores de producciones audiovisuales, entidades de radiodifusión y editoriales) o bien en la exigencia de la "originalidad" de la creación (ya que la originalidad es un presupuesto legal que se exige a una obra literaria, artística o científica para ser protegida por el derecho de autor (del mismo modo que ocurre con la "novedad" respecto de las invenciones patentables). El caso más revelador es el de la fotografía, ya que si se trata de una fotografía artística u original se protegerá por el Libro I como derecho de autor, mientras que se es una fotografía no original o "mera fotografía" sólo tendrá los concretos derechos que como derecho afín, vecino o conexo le concede (en este caso, el artículo 128 del) Texto Refundido de la Ley Propiedad Intelectual.

El *contenido* del derecho de autor es doble, ya que está integrado por un "derecho moral de autor" y un derecho patrimonial (los llamados "derechos de explotación"):

El *derecho moral de autor*, según nuestra Ley (artículo 14) está integrado por los siguientes derechos: el derecho a decidir si su obra ha de ser divulgada y en que forma; el derecho al reconocimiento de la condición de autor; el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra; el derecho

[400] BOE núm. 97, de 22-04-1996.

ISBN 978-84-694-0081-4

de arrepentimiento; el derecho de retirada y el derecho al acceso al ejemplar único de la obra.

El derecho moral es irrenunciable e inalienable (artículo 14 LPI), y, consecuentemente, no puede ser objeto de cesión. Además, es posible incluir el derecho moral dentro del grupo de los derechos de la personalidad o, al menos, como un derecho de naturaleza personalísima.

Los *derechos de explotación*, e sentido estricto, son el derecho de reproducción (artículo 18), distribución (artículo 19), que incluye el derecho de alquiler y préstamo (Directiva comunitaria sobre estos derechos), el derecho de comunicación pública (artículo 20), que incluye el derecho de puesta a disposición en redes de comunicación (como internet), el derecho a autorizar la traducción, transformación o adaptación de la obra (artículo 21) y el derecho del autor de editar todas sus obras en forma de colección (artículo 22 TRLPI).

Los derechos de explotación son disponibles y renunciables (salvo puntuales excepciones), y puede ser objeto de cesión tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

Las facultades patrimoniales, por regla general, tienen una duración de 70 años *post mortem auctoris*. Pasado ese plazo la obra cae en dominio público.

2. Los límites a la propiedad intelectual

Los límites y excepciones a la propiedad intelectual, esto es, los actos de utilización de la obra consistentes en la reproducción, distribución y comunicación pública, incluida la puesta a disposición en redes de comunicación durante al vigencia de los derechos (límites materiales) o su limitación temporal y caída en dominio público (límite temporal) tienen su fundamento en el artículo 44 de la Constitución Española, donde se recoge, como principio rector de la política social y económica, el derecho que todos tienen de acceso a la cultura, y que se combina con los intereses de los creadores, lo que explica que tras un periodo de explotación exclusiva las obras pasen a dominio público y puedan ser libremente utilizadas por todos, con respeto, eso sí, a la autoría e integridad de la obra.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

Además, esos límites que en principio se predican sólo del derecho de autor, deben de hacerse extensible a los derechos afines, vecinos o conexos, siempre que no exista norma especial de aplicación preferente al respecto, como ocurre básicamente en lo límites temporales pero rara vez en los límites materiales (artículo 132 TRLPI).

2. 1. Límites temporales a los derechos de explotación y dominio público

Dispone el artículo 26 TRLPI que los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento.

Ese plazo es el que fijó la Directiva comunitaria 93/98/CE, de armonización del periodo de protección del derecho de autor y derechos afines, y que incrementó el plazo de sesenta años que fijaba la LPI de 1987.

El motivo de fijar dicha duración en setenta años *post mortem auctoris* radica en que la Unión Europea quiere garantizar que dos generaciones al menos puedan beneficiarse de los derechos de autor tras el fallecimiento de éste[401], y en atención al incremento de la longevidad o esperanza de vida producido, estimó que esa era la edad idónea para dicho fin, teniendo en cuenta que en la mayoría de países se fijaba un plazo de duración de sesenta años p.m.a.

De todos modos, la LPI de 1879 fijaba un plazo de protección de 80 años p.m.a. Plazo que está vigente para las obras que fueron creadas durante la vigencia de dicha ley, tal y como se establece en el régimen transitorio del TRLPI.

El inicio del cómputo de los plazos de protección establecidos en esta Ley, y según dispone el artículo 30 TRLPI, será desde el día 1 de enero del año siguiente al de la muerte o declaración de fallecimiento del autor o al de

---

[401] Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., ET ALLI *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dirigido por RODRIGO BERCOVITZ, 2ª Edi., Ed. Tecnos, Madrid, 1997, págs. 567 y ss; BONDÍA ROMÁN, F., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual,* Ed. Civitas, Madrid, 1997. Págs. 149 yss,; PÉREZ DE CASTRO, N., La propuesta de Directiva relativa a la armonización del período de protección del derecho de autor y de determinados derechos afine, *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea,* Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1993, págs. 85 y ss.

ISBN 978-84-694-0081-4

la divulgación lícita de la obra, según proceda (debiéndose predicar esta segunda mención, el cómputo desde la lícita divulgación de la obra, en los concretos supuestos de la autoría de las personas jurídicas).

El artículo 27 TRLPI establece el régimen de duración de los derechos de explotación de las obras anónimas o seudónimas a las que se refiere el artículo 6 TRLPI, que durarán setenta años desde su divulgación lícita. Pero si antes de cumplirse este plazo fuera conocido el autor, bien porque el seudónimo que ha adoptado no deje dudas sobre su identidad, bien porque el mismo autor la revele, será de aplicación el régimen general de 70 años p.m.a.

Los derechos de explotación de las obras que no hayan sido divulgadas durarán setenta años desde la creación de éstas, cuando el plazo de protección no sea computado a partir de la muerte o declaración de fallecimiento del autor o autores.

Respecto de la duración de las obras en colaboración definidas en el artículo 7 TRLPI, comprendidas las obras cinematográficas y audiovisuales, el artículo 28-1 TRLPI establece que durarán toda la vida de los coautores y setenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento del último coautor superviviente.

Mientras que los derechos de explotación sobre las obras colectivas definidas en el artículo 8 de esta Ley durarán setenta años desde la divulgación lícita de la obra protegida. No obstante, si las personas naturales que hayan creado la obra son identificadas como autores en las versiones de la misma que se hagan accesibles al público, se estará a lo dispuesto en los artículos 26 ó 28.1, según proceda, y todo ello sin perjuicio de los derechos de los autores identificados cuyas aportaciones identificables estén contenidas en dichas obras, a las cuales se aplicarán la duración de 70 años p.m.a., según proceda.

Para el caso de obras divulgadas por partes, volúmenes, entregas o fascículos, que no sean independientes y cuyo plazo de protección comience a transcurrir cuando la obra haya sido divulgada de forma lícita, dicho plazo se computará, según el artículo 29 TRLPI por separado para cada elemento.

Una vez transcurrido el plazo legal de protección las obras, éstas caen en los que se denomina "dominio público", lo que determina que puedan ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de

ISBN 978-84-694-0081-4

la obra, en los términos previstos en los apartados 3 y 4.del artículo 14 TRLPI.

El sistema de derechos de autor cumple así su función de fomentar la producción intelectual mediante la concesión de un derecho de explotación en exclusiva en favor de los creadores, junto con el acceso y libre utilización por todos de la obra, una vez transcurrido el plazo de protección[402].

2. 2. Límites materiales

Los derechos de explotación están sometidos a ciertos límites o limitaciones, también conocidos como *fair use* (o usos limpios u honestos) en el sentido de que pese a realizarse por un tercero un concreto acto de explotación, si ese acto es un uso honrado, en el sentido de que existe una causa legal de justificación para realizar lícitamente dicho acto, no permiten al titular legítimo de la Propiedad intelectual reclamar por dichos actos[403].

Dichos límites son muy variados, y se regulan en el artículo 31 y ss TRLPI, alcanzando la copia privada lícita, la utilización de obra por personas con discapacidad, o en procesos judiciales y administrativos (art. 31), la cita e ilustración en la enseñanza (art.32), los trabajos sobre temas de actualidad (art. 33), la utilización de obras extraídas de bases de datos (art. 34 y 135), la

---

[402] Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., ET ALLI *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dirigido por RODRIGO BERCOVITZ, 2ª Edi., Ed. Tecnos, Madrid, 1997, págs. 567 y ss; BONDÍA ROMÁN, F., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual,* Ed. Civitas, Madrid, 1997. Págs. 149 yss,; PÉREZ DE CASTRO, N., La propuesta de Directiva relativa a la armonización del período de protección del derecho de autor y de determinados derechos afine, *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea,* Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1993, págs. 85 y ss.

[403] Vid. AMAT LLARÍ, E., «El control del autor sobre el destino se su obra», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), nov-dic, 1989; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., ET ALLI *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dirigidos por RODRIGO BERCOVITZ, 2ª Edi., Ed. Tecnos, Madrid, 1997, págs. 593 y ss,; BONDÍA ROMÁN, F., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual,* Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 165 y ss.; MARÍN LÓPEZ, J.J., «Dos cuestiones procesales (legitimación activa y jurisdicción competente) y dos sustantivas (límites al derecho de autor e indemnización de daños) en materia de propiedad intelectual», Revista de Propiedad Intelectual, mayo-agosto, 1999, págs. 9 a 64;.ROGEL VIDE, C., «De los Límites a las infracciones del derecho de autor en España», Revista Jurídica La Ley, 1989-1, págs. 943 y ss.; SALELLES CLIMENT, J.R., «La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información», Revista General de Derecho, 2000, págs. 15089 a 15125.

ISBN 978-84-694-0081-4

reproducción, préstamo y utilización de obras en bibliotecas y museos (art. 37) la ejecución de música en actos oficiales (art. 38) o la parodia (art. 39).

Pero lo común y característico, según el artículo 40 *bis* y con carácter general, a todos los límites a los derechos de autor es que éstos no podrán interpretarse de manera que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.

Se consagra así la llamada prueba de tres fases[404], que tiene su origen en el artículo 9-2 CUB, según el cual, se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal de que la reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Por tanto las tres fases o requisitos son los siguientes:

El primero consiste en admitir límites o excepciones a los derechos de explotación, en la forma en que determine la Ley y para determinados casos especiales. Esto obliga a predicar una suerte de principio de tipicidad, en el sentido de que los únicos límites válidos son los que se recogen en la ley. Y como derivación de ello, esos límites deben de ser interpretados de forma restrictiva, no pudiendo extenderse su aplicación a supuestos similares pero que no aparezcan específicamente contemplados en la ley.

El segundo consiste en que los límites sean ejercitados de forma que no atenten contra la explotación normal de la obra. Ello conecta con la protección que merecen los titulares de los derechos de explotación y trata de evitar que con la excusa de realizar un acto legalmente permitido, se realicen prácticas abusivas.

El tercero consiste en que el límite sea ejercitado de forma que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Esos intereses parece que deben de identificarse con los personales o morales, ya que los patrimoniales quedan comprendidos en el requisito o fase anterior. Así, se trata de que los límites se hagan con escrupuloso respeto y

[404] Vid. GINSBURG, J. C., «¿hacia un derecho de autor supranacional?: la decisión del grupo especial de la OMC y las tres excepciones acumulativas (three-step test) que debe cumplir las excepciones al derecho de autor», Revista Internacional de Derechos de Autor, RIDA, 2001, págs. 3 y ss.

ISBN 978-84-694-0081-4

reconocimiento de la autoría y respetando la integridad de la obra, y demás intereses legítimos del autor.

Pues bien estos tres requisitos (prueba de tres fases" o tres pasos *three-step test*)[405] son aplicables a todos los límites que se recogen o se puedan recoge en el TRLPI.

3. Consideraciones generales a la Directiva de Derechos de autor en la sociedad de la información

La Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, sobre determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información[406] supone la adaptación de los derechos de autor y los derechos afines, vecinos o conexos a las nuevas exigencias de la sociedad de la información y al desarrollo previsible de la tecnología digital, tanto en sus nuevos soportes como en el entorno de las redes de comunicación como Internet, que es las más extendida y la más utilizada.

La Directiva, siguiendo la estela de los Tratados de la OMPI de 1996, entendió que para las nuevas modalidades de explotación del entorno digital no era necesario definir nuevos conceptos jurídicos, salvo la inclusión de un nuevo derecho de puesta a disposición de las obras para su acceso *on demand;* esto es, la posibilidad de acceder a la creación intelectual cuando

---

[405] Vid. GINSBURG, J. C., «¿hacia un derecho de autor supranacional?: la decisión del grupo especial de la OMC y las tres excepciones acumulativas (three-step test) que debe cumplir las excepciones al derecho de autor», Revista Internacional de Derechos de Autor, RIDA, 2001, págs. 3 y ss.

[406] DOCE, serie L, de 22 de junio de 2001.

Sobre la fase de elaboración de esta Directiva y su texto final Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I., *El derecho de autor en Internet,* Ed. Comares, Granada, 2001; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., «La propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información» Revista de Propiedad Intelectual, págs. 79 a 97, PLAZA PENADÉS, J., «La propuesta de Directiva de Derechos de autor y Derechos afines en la sociedad de la información», Revista de Derecho Patrimonial, 2000, nº 4, págs. 87 y ss; SERRANO GÓMEZ, E. *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 2000; ROGEL VIDE, C. y OTROS, *Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual,* Ed. Reus y AISGE, Madrid, 1999; SALELLES CLIMENT, J.R., «La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información», Revista General de Derecho, 2000, págs. 15089 a 15125.SERRANO GÓMEZ, E. «La armonización de los derechos de autor. Propuesta de Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información», La Ley, nº 4500, 1998, págs. 14 y ss.

quiera el usuario y en el momento en que desee; estando disponible la obra en todo momento.

Se trata pues de una simple adaptación de derecho de autor y derechos afines para que no exista duda sobre el hecho de que las nuevas modalidades de explotación de las creaciones intelectuales están comprendidas en los derechos de propiedad intelectual.

Por tanto, la Directiva 2001/29/CE no es sólo una Directiva que se ocupa de algunos aspectos del Derechos de autor y derechos afines en Internet, sino más bien una Directiva de los aspectos más básicos de la propiedad intelectual en la era digital, ya que la Directiva comprende también su explotación fuera de línea, a través de los soportes actuales y futuros, tanto de tecnología analógica como de tecnología digital.

Además, la Directiva no declara la protección que el derecho de autor puede dispensar a las páginas Web de Internet u otras redes, las cuales, en sí mismas y si cumplen los requisitos de originalidad, pueden ser consideradas como creaciones protegidas por el derecho de autor, con independencia de que los contenidos de dichas páginas también sean objeto de propiedad intelectual.

Tampoco se ocupa la Directiva 2001/29/CE de los aspectos referidos a la responsabilidad civil de los intermediarios en caso de infracciones a los derechos de autor, los cuales se regulan en la Directiva 2000/31, sobre comercio electrónico.

En definitiva, la Directiva, como su propio nombre indica, se ocupa solamente de algunos aspectos (no todos) de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

Esos “determinados aspectos” se limitan, además, a determinados sujetos a los que afecta la Directiva (autores; artistas, intérpretes y ejecutantes; productores de fonogramas, productores de películas, mención que debemos de extender a los productores de grabaciones audiovisuales como vídeos musicales, y entidades de radiodifusión) y a determinados derechos de explotación, con lo que se excluyen los derechos morales y otros derechos singulares, como el *droit de suite*, cuyo contenido se ha armonizado finalmente en una Directiva 2001/84/CE, de 27 de septiembre de

2001[407] incorporada al derecho español a través de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

Así, podemos señalar que la Directiva se estructura en tres partes claramente diferenciadas.

En una primera parte se ocupa de los derechos de explotación afectados por el entorno digital (reproducción, distribución, alquiler y comunicación pública, incluido ese de nuevo derecho de puesta a disposición *on demand*).

Esta primera parte tiene como finalidad garantizar que todos los actos de explotación de las creaciones intelectuales a través de las nuevas tecnologías queden perfectamente delimitados y cubiertos por el derecho de propiedad intelectual.

Una segunda parte, que encubre una verdadera Directiva dentro de la Directiva, se ocupa de los límites a los derechos de explotación.

La tercera de las partes de la Directiva sí que entraña una auténtica novedad, si bien es una novedad relativa, ya que estas exigencias se contemplaban en los tratados e la Organización Mundial de Propiedad Intelectual de 1996, me refiero a la protección de las medidas tecnológica y la elusión de los métodos de gestión de las creaciones intelectuales, que en España sólo existían, tanto en el ámbito penal (270-III Ley Orgánica del Código Penal) como en el civil (102 c) Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), respecto de los programas de ordenador, pero que ahora se extenderán al resto de creaciones protegibles.

El tema de la utilización de obras protegidas por el derecho de autor en docencia e investigación se encuadra en la segunda parte de dicha Directiva, la relativa a los límites y excepciones al derecho de autor, que se regulan en el artículo 5 de la Directiva, si bien sobre la base de que la incorporación de los límites al derecho de autor a los derechos internos no sea obligatoria, sino voluntaria, salvo en el supuesto de las reproducciones

---

[407] Se trata, en concreto, de la Directiva relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte, publicada en el DOCE L, de 13 de octubre de 2001, y de la que ya me ocupé durante su fase de elaboración, si bien es necesario reservar lo allí expresado a la luz del texto final. Vid. PLAZA PENADÉS, J., «El derecho de participación de autor en la reventa de su obra (droit de suite) en la Unión Europea y su previsible incorporación al Derecho español» Libro Hje a D. Antonio Hernández Gil, Ed. Ramón Areces, Tomo II, Madrid, 2001.

temporales que son necesarias para que se realice la transmisión o descarga de obras en redes de comunicación.

De ahí que incluya un amplísimo repertorio de excepciones al derecho de explotación, las cuales tienen como denominador común la llamada prueba de tres fases que se contiene en el Convenio de la Unión de Berna. Esto es, en primer lugar, que los límites a los derechos de explotación sean supuestos excepcionales y justificados, interpretados por ello de manera restrictiva; en segundo lugar, que tales límites no causen un perjuicio a la normal explotación de la obra; y, por último, que se respeten los legítimos intereses de los titulares de la propiedad intelectual, especialmente los intereses personales o espirituales, lo que determina, por ejemplo, que tales excepciones, en la medida de lo posible, deben de respetar el derecho moral de autor (el cual no es objeto directo de regulación).

Evidentemente, la Unión Europa ha dejado libertad a lo Estado, pero lo ha hecho con el deseo de que estos incorporen voluntariamente el mayor número de límites y los hagan de forma extensa. Sin embargo, los Estados miembros, entre los que se encuentra España, han hecho una incorporación de los derechos y límites de la Directiva muy restrictiva, y eso es lo que se consta en el llamado Libro Verde de Derechos de Autor en la Economía del Conocimiento, en el que se pone de manifiesto la recomendación de que los Estados Miembro en general y España en particular revisen sus normativa, en materia de límites, especialmente en los ámbitos de docencia, investigación y difusión de la cultura con el fin de consolidar en España la llamada quinta libertad de la Unión Europea (junto con la de personas, capitales, servicios y mercancías): la libre circulación del conocimiento y la innovación.

4. La Reforma de la Ley Propiedad intelectual realizada a través de la Ley 23/2006

La razón de la reforma del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, operada a través de la Ley 23/2006 respondió a la necesidad de incorporar al derecho español la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, con la que la Unión Europea, a su vez, ha

ISBN 978-84-694-0081-4

querido cumplir los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1996 sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

La reforma se ocupó de ese triple ámbito antes reseñado: derecho de explotación, límites a los derechos de autor y medidas tecnológicas y de gestión. Pues bien, el tema de la utilización de obras protegidas por el derecho de autor en la docencia y en la investigación estaba previsto en la Directiva y también ha sido tratado en la citada reforma de la Ley de Propiedad Intelectual.

La Directiva dejaba un gran ámbito de libertad a los Estados miembros, ya que la mayoría de los límites previstos, entre ellos los de docencia e investigación, no tenían carácter obligatorio sino voluntario para los Estados, que podían desde no contemplarlos en su Derecho internos hasta incorporarlos en la manera prevista en la Directiva.

En nuestro Derecho, la fórmula elegida en materia de límites a los derechos de explotación no ha sido la de la incorporación literal, sino la de incorporarlos de una manera claramente más restrictiva de la prevista en la Directiva, especialmente en el caso de la docencia y la investigación, donde el uso y utilización de los materiales protegidos por la propiedad intelectual a través de las nuevas tecnologías es cada vez mayor, por lo que el objeto de este estudio es poner de manifiesto esa notable diferencia entre las posibilidades que daba la Directiva y la manera tan restrictiva con la que se ha incorporado al derecho español la excepción o límite en materia de docencia y de la investigación.

4. 1. Los límites a los Derechos de explotación

Con carácter general, la Ley de Propiedad Intelectual, tras la reforma operada por la Ley 23/2006, sigue manteniendo un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las distintas categorías de titulares y los de los usuarios de las obras y prestaciones protegidas, con profundo respeto a lo previsto en la Unión Berna, respecto de los límites al derecho de autor en el ámbito internacional. Así el apartado 2 del artículo 9 del Convenio para la Unión de Berna prevé la posibilidad de que se establezcan limitaciones específicas al derecho de reproducción en «determinados casos especiales», siempre que esa reproducción «no atente a la explotación normal de la obra»

ISBN 978-84-694-0081-4

y «no cause un perjuicio a los legítimos intereses del autor». Estos tres requisitos se conocen como "prueba de tres fases" o *three-step test*, lo cuales, además, integran el acervo comunitario sobre la materia de propiedad intelectual[408].

Así, en primer lugar (o primer paso o fase), los Ordenamientos Jurídicos de los distintos Estados pueden admitir excepciones a los derecho de explotación, pero en supuestos muy concretos y justificados, por lo que la excepción sólo valdrá si se ha dado ese concreto supuesto que justificaba la excepción, no siendo pues admisibles interpretaciones extensivas o analógicas a supuestos distintos de los específicamente regulados.

En segundo lugar, aun cuando estemos en supuesto de excepción lícita, tales actos no pueden realizarse de un forma abusiva en perjuicio de los legítimos intereses de los titulares de los derecho de explotación, y todo ello sin perjuicio de que para paliar el efecto que en la explotación de los derechos de autos supone el ejercicio de tales excepciones lícitas se consagre un sistema de remuneración compensatoria (segundo paso o fase).

En tercer lugar, que no perjudique los legítimos intereses del autor, lo que parece que está conectado con sus intereses personales o relacionados con el derecho moral, en el sentido de reconocimiento de autoría, respeto a la integridad de la obra, respeto a la forma en que el autor ha decidido que la obra debe ser conocida por el público…, ya que los intereses patrimoniales ya están cubiertos en el supuesto anterior (tercera parte o fase).

Finalmente, conviene señalar que los dos nuevos tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual no procedieron a realizar una enumeración de excepciones concretas. No obstante, en ellos se reiteró la aplicación de la prueba de tres fases contemplada en el artículo 9-2 del Convenio de la Unión de Berna a todas las excepciones de los derechos reconocidos a los autores (artículo 10 del Tratado OMPI sobre Derechos de Autor de 1996) y a los artistas, intérpretes o ejecutantes (artículo 16 del Tratado OMPI sobre Interpretación y Ejecución de Fonogramas).

La Directiva establecía un listado de límites, de los cuales sólo uno es obligatorio. No obstante, la propia Directiva permite que se observen otros

[408] Vid. GINSBURG, J. C., «¿hacia un derecho de autor supranacional?: la decisión del grupo especial de la OMC y las tres excepciones acumulativas (three-step test) que debe cumplir las excepciones al derecho de autor», Revista Internacional de Derechos de Autor, RIDA, 2001, págs. 3 y ss.

ISBN 978-84-694-0081-4

límites no previstos en ella, siempre que sean de importancia menor y se ciñan a usos analógicos.

Por ello, la Ley 23/2006 introduce el límite obligatorio: el previsto sobre exención de ciertas reproducciones provisionales de carácter técnico. Este límite responde, fundamentalmente, a la lógica del funcionamiento de los sistemas de transmisión de redes, en las que es necesario realizar una serie de fijaciones provisionales de carácter técnico con objeto de que las obras y prestaciones puedan ser utilizadas por el usuario. Estas reproducciones forman parte en sí mismas del funcionamiento de la red y, por tanto, quedan configuradas como excepción al derecho de reproducción.

En cuanto a los límites voluntarios o no obligatorios para los autores, sobresale por encima de todos la reforma en materia de copia privada, con la distinción entre la copia privada analógica y la copia privada digital. Pero también ahí se encuentra los límites o excepciones a los derechos de explotación y su utilización en el ámbito docente e investigador.

4. 2. La utilización de obras protegidas en el ámbito docente e invesigador

El Libro Verde de la Unión Europea sobre Derechos de Autor en la Economía del Conocimiento, de 16 de julio de 2008, bajo el epígrafe "difusión de obras con fines educativos y de investigación" pone de manifiesto que tanto los profesores como los estudiantes recurren cada vez más a la tecnología digital y a Internet para acceder o difundir materiales educativos. El uso del aprendizaje en línea representa actualmente una parte importante de las actividades curriculares normales y si bien es cierto que la difusión de materiales educativos en línea a través de la red puede incidir positivamente en la calidad de la enseñanza y de la investigación en Europa, también puede entrañar un riesgo de infracción de los derechos de autor.

Para conciliar la docencia y la investigación con la utilización de materiales protegidos por el derecho de autor durante su vigencia de 70 años *post mortem auctoris*, la Directiva 2001/29/CE de derechos de autor en la sociedad de la información, reguló, si bien con carácter voluntario para los Estados, una excepción a los derechos de autor que trata de conciliar la utilización de materiales protegidos por la propiedad intelectual cuando se realiza en general con fines educativos y de investigación. Así, dicha

ISBN 978-84-694-0081-4

Directiva permite a los distintos Estados miembro establecer excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción, distribución y comunicación al público de obras protegidas, lo que incluye la puesta a disposición de las obra a través de redes de comunicación «cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor» (art. 5.3, letra a, de la Directiva 2001/29/CE).

Sin embargo, en el Libro Verde pone de manifiesto que, en la mayoría de los Estados de la Unión, la excepción sólo se aplica a la copia de extractos de material de investigación y no a toda la obra y también que, en ocasiones, como en España, su aplicación se ha limitado a los fines educativos, no siendo aplicable a la investigación.

Efectivamente, nuestro país ha incorporado la Directiva con la reforma operada en el Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual por la Ley 23/2006, de 7 de julio, que ha dado una nueva redacción al artículo 32.2, según el cual:

"No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente".

Por tanto, este límite es sólo para el ámbito de la educación (no de la investigación) y, en concreto, para los profesores de la educación reglada siempre que el material se facilite sólo entre los alumnos y para actividades educativas "en las aulas" (reales o virtuales) y con el "fin de ilustrar los conocimientos expuestos (siendo imprescindible la justificación del este fin de "ilustrar conocimientos"). Asimismo, los actos de reproducción y/o puesta a disposición en redes de comunicación como Internet sólo afectan a los pequeños fragmentos de obras o a las obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, y quedarán excluidos de este límite, en cualquier caso, los libros de texto y los manuales universitarios, para cuya explotación será necesario solicitar la correspondiente autorización.

ISBN 978-84-694-0081-4

La investigación, queda reducida a los actos que se permite para las bibliotecas y hemerotecas en el artículo 37 de la Ley de Propiedad Intelectual, que son la digitalización de obras adquiridas a efectos de conservación (art. 37.1) y su puesta a disposición pero sólo para su acceso desde terminales especiales situados en el propio espacio físico de la biblioteca o hemeroteca (art. 37.3) y siempre que haya compensación equitativa, como ya ocurre desde la reforma operada por Ley de libro (Ley 10/2007) con el préstamo bibliotecario (art. 37-2 TRLPI vigente, aunque tal previsión, la del canon por préstamo, ya estaba contemplada en la Directiva 92/100/CE de alquiler y préstamo).

Este límite de nuevo cuño, el del artículo 37-3, se corresponde con el previsto en el artículo 5.3, letra n), de la Directiva 2001/29/CE y tiene por objeto permitir realizar, a los efectos de investigación, consultas mediante terminales especializados instalados a tal efecto, ubicados en los propios establecimientos y a través de red cerrada e interna, pero no ampara la llamada entrega en línea, para la que deberá contarse con la oportuna licencia de los titulares. Se cubre así la laguna que existía en nuestro Derecho respecto de la digitalización de fondos y puesta a disposición en la Red, tal y como había puesto de manifiesto la doctrina[409], pero de una manera realmente insatisfactoria y poco útil para el investigador, que no puede acceder directamente a la información *on demand,* sino que debe de acudir físicamente a la biblioteca para acceder desde allí y a través de terminales situados en la propia biblioteca la material puesto en línea a disposición de los investigadores.

Como puede observarse, la Unión Europea tiene una visión mucho más permisiva que la restrictiva y poco funcional legislación española a la hora de permitir la utilización de materiales protegidos por el derecho de autor para fines de educación e investigación. Afortunadamente, la Unión Europea ha manifestado en el Libro Verde su voluntad de modificar la Directiva para que ese límite o excepción a los derechos de autor del artículo 5.3, letra a, de la Directiva de derechos de autor en la sociedad de la información, sea obligatorio. Dicho esto, mi opinión como profesor e investigador es que no debemos esperar a la reforma de la legislación comunitaria y debemos aprovechar el marco normativo comunitario actual para modificar nuestro artículo 32 en el sentido que marca actualmente la

[409] MASSAGUER, J. y SALELLES, J.R., El Derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos dell entorno digital. Perspectivas generales y problemas particulares para las Bibliotecas», RGD, Septiembre, 1997, págs. 10932 y ss

ISBN 978-84-694-0081-4

Directiva, ya que tal y como está redactada la LPI sólo se admitiría una utilización bajo licencia, así como replantearse el límite del artículo 37.3 LPI para que el acceso se pudiera hacer a través de intranets de acceso restringido a investigadores, docentes y discentes.

Finalmente, se mantiene el derecho de cita en el artículo 32, donde también se incluye las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente, tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. Pero "En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite". Ello ha provocado que la mayoría de diarios digitales hayan establecido una expresa reserva de sus derechos respecto de los artículos que se editan en la Red.

5. Conclusión

Resulta evidente que los límites a los derechos de explotación de obras protegidas cuando se usan con fines de ilustración en la docencia reglada, o cuando se digitalizan por bibliotecas escolares y universitarias y se pone a disposición de la comunidad de docentes y discentes son tan restrictivos que dificultan su normal y natural desarrollo. La solución, ante estas trabas legales, se consigue muchas veces en la práctica por licencias de uso para ámbito docente o investigador, que a pesar de ofrecer unas condiciones de uso más ventajosa, son notoriamente más perjudiciales que aquéllas que permite la Directiva 2001/29/CE.

Estas restricciones al uso de obras protegidas en el ámbito docente e investigador, especialmente a través de nuevas tecnologías, mediante la puesta a disposición el aulas virtuales o en intranets de acceso restringido, son la que se detectan en el Libro Verde de Derechos de Autor en la Economía del Conocimiento en el que se aboga por el carácter imperativo de un límite, como el previsto ahora en el artículo 5.3 de la Directiva 2001/29/CE, y que permitiría la reproducción, distribución y comunicación al público de obras protegidas, lo que incluye la puesta a disposición de las obra a través de redes de comunicación (esto es, su puesta a disposición en aulas virtuales o en intranets con acceso restringido a la comunidad científica) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines

ISBN 978-84-694-0081-4

educativos o de investigación científica, algo que en la legislación española no se admite sobre obras protegidas (como prevé la directiva) sino sólo sobre "pequeños fragmentos" de obras científicas que no sean manuales docentes. Del mismo modo que tampoco se permite la puesta a disposición de obras digitalizadas en intranets donde sólo acceda la comunidad docente e investigadora, sino que obliga a que el acceso se haga desde terminales situado en la biblioteca y no mediante un acceso *on demand*, dificultando notablemente el desarrollo lógico de la labor investigadora y reduciendo las posibilidades que ofrece la sociedad de la información en el ámbito docente e investigador.

De ahí que proponga una modificación del actual Texto Refundido de la Ley de Propiedad intelectual, que afectarían a la docencia y a la investigación, y que también debería extenderse a la difusión de la cultura, con el fin de consolidar en España la llamada quinta libertad de la Unión Europea (junto con la de personas, capitales, servicios y mercancías): la libre circulación del conocimiento y la innovación.

Dicha modificación legal se asienta en las siguientes premisas:

El respeto más absoluto a la propiedad intelectual (tanto al derecho de autor como a los derechos afines, vecinos o conexos).

La búsqueda de un equilibrio más justo y social entre los derechos de explotación de propiedad intelectual y el derecho de acceso a la cultura en lo relativo al pleno desarrollo de las posibilidades que las nuevas tecnologías de la información y comunicación ofrecen a la docencia (E-learning), a la investigación (E-research) y a la normal difusión de la cultura, como actividad en la que también participa la Universidad junto con el resto de Poderes Públicos.

Una total concordancia con las propuestas normativas de la Unión Europea. La Universitat de València propone una solución basada en buena parte en las soluciones legales que se contenían en la Directiva comunitaria 2001/29/CE, la llamada "Directiva de derecho de autor en la sociedad de la información", y actualizada en el Libro Verde de Derechos de autor en la economía del conocimiento, soluciones que si bien es cierto que tienen u carácter facultativo o voluntario para los Estados miembros, también lo es que el Estado Español no ha acogido la mayoría de las nuevas soluciones en este ámbito y las pocas que ha incorporado en la Ley 23/2006, de 7 de julio han sido de manera muy restrictiva.

ISBN 978-84-694-0081-4

Las excepciones propuestas a los derechos de autor deberán de aplicarse siempre respetando los intereses personales de los autores y demás titulares de derechos sin que puedan ir en detrimento o perjuicio de la normal explotación de la obra.

Se pretende, en definitiva, un desarrollo de la economía del conocimiento y de la libre circulación del conocimiento y la innovación (la llamada quinta libertad de la Unión Europea) que propicie un tránsito real y efectivo de la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento.

Sin entrar en detalles técnicos, las principales modificaciones que se sugieren son :

a) La libre reproducción, distribución y comunicación pública, incluida su puesta en redes de acceso restringido, de obras y prestaciones protegidas con fines de docencia y de investigación.

b) La libre reproducción de obras protegidas, analógica y digital, en centros docentes, museos y archivos en el desarrollo de su actividad ordinaria y gratuita.

c) El libre acceso de los investigadores, a través de redes de comunicación de acceso restringido sólo para ellos, a las obras digitalizadas en museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas.

d) La libre reproducción, distribución y comunicación pública, incluida su puesta a disposición en redes, de obras protegidas durante celebraciones religiosas o celebraciones, fiestas y demás actos oficiales organizados por una autoridad pública, siempre que el público pueda acceder gratuitamente. (Actualmente la excepción era sólo para la ejecución de obras musicales en ceremonias religiosas o en actos oficiales del Estado)

e) La utilización de obras de arte, incluidas las redes como Internet, para dar a conocer y publicitar las exposiciones públicas o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para la promoción y publicidad de tales actos.

f) La posibilidad de hacer una inclusión incidental de una obra o prestación protegidas en otro material.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

QUINTO. DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS ANTE LA INFORMACIÓN EN INTERNET

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

En este quinto capítulo se incluyen los siguientes estudios:

1. “Rectificación y réplica. Reflexiones sobre su proyección en la Web”, por Manuel Fernández Salmerón.
2. “Identidad y reputación digital. El derecho de rectificación en Internet y la LO 2/1984, de 26 de marzo”, por María Concepción Torres Díaz.
3. “La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución”, por Lorenzo Cotino Hueso.
4. “La protección de datos de carácter personal en los deberes de información y asistencia de la Administración tributaria tras la incorporación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación”, por Irene Rovira Ferrer.

ISBN 978-84-694-0081-4

I. Rectificación y réplica. Reflexiones sobre su proyección en la Web

Manuel Fernández Salmerón

Profesor titular de Derecho administrativo

Universidad de Murcia

Resumen:

La generalización de Internet —y sobre todo de la web— como vehículo de información y "formación" de la opinión pública viene suscitando desde hace algunos años la conveniencia de definir un marco regulador que sea respetuoso, por una parte, con los principios de igualdad y neutralidad tecnológica, de manera que la Red no constituya, de modo irrazonable, un espacio en el que las garantías informativas más esenciales estén ausentes y, por otra, con las radicales singularidades que caracterizan la World Wide Web.

La primera de las cuestiones que procede plantearse al respecto es la relativa al contenido preciso del "derecho de rectificación" tal y como está concebido en nuestro ordenamiento (Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, pero también recomendaciones de diversas instituciones europeas) y, una vez obtenida una conclusión al respecto, evaluar la eventual idoneidad de su proyección en Internet.

La situación actual se resume en que, por el momento y ante la inercia del legislador, las decisiones de los jueces relativas a la aplicación de la Ley orgánica 2/1984, de 26 de marzo, a la Web tienen un contenido dispar, con la consiguiente generación de la inseguridad jurídica a los justiciables. A ello deben añadirse dificultades adicionales, tales como la complejidad de identificar qué servicios vía web deben quedar sometidos al ejercicio del derecho de rectificación: si únicamente deben estarlo los medios profesionalizados, con cabecera y renovación periódica (incluso dentro de este grupo, definir con exactitud los servicios incluidos no resulta siempre

ISBN 978-84-694-0081-4

sencillo) o, por el contrario, otro tipo de servicios de más problemática sistematización.

Palabras clave: *Derecho de rectificación, réplica, Internet, medios de comunicación social, derecho a la información, libertad de expresión, opinión pública, Consejo de Europa, Derecho comunitario.*

1. Planteamiento del tema

Uno de los más acuciantes problemas jurídicos a los que están teniendo que enfrentarse los Estados ante la generalización del uso de Internet como instrumento de comunicación, en sus diversas modalidades interpersonales o colectivas, es la de definir con la mayor precisión posible el estatuto jurídico básico de las actividades informativas y de opinión en la Red.

Para definir los aspectos esenciales de dicho régimen los parámetros de referencia pueden ser varios. Por una parte, la *radiodifusión*, entendida como un conjunto de servicios de gran capilaridad y penetración que, de ordinario, es merecedora de una disciplina más exigente y garantista por parte de los distintos ordenamientos jurídicos, con fundamento en argumentos diversos y ya tradicionales, entre los que destaca su naturaleza de medios privilegiados para la formación de la opinión pública. De otro lado, la denominada *prensa*, entendida como aquel sector de los medios de comunicación social dedicados a la actividad de "edición" en cualquiera de sus formas, incluyendo la actividad de las agencias informativas y, en general, de los mayoristas del mercado informativo.

En este punto, las tendencias han sido inicialmente bastante invasivas en casi todos los Estados, aunque reconducidas en algunos de ellos, como los E.U.A. Allí es bien conocido el periplo judicial de la *Communications Decency Act* de 1996. Como ya expusimos pormenorizadamente en otro lugar[410], la misma criminalizó el uso de los ordenadores y de las infraestructuras de telecomunicaciones para transmitir material "indecente",

---

[410] "Digitalización y convergencia multimedia. Desafíos jurídicos de la comunicación social ante el avance tecnológico", en COTINO HUESO, L. (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 303-304.

ISBN 978-84-694-0081-4

asociando a los tipos penales severas condenas privativas de libertad y económicas, especialmente gravosas cuando se tratara de discursos indecentes o "claramente ofensivos" desarrollados a través de redes de ordenadores cuando a los mismos pudieran acceder menores, en un sentido muy aproximado al que estaba estipulado para los difusores de radiotelevisión (*broadcasters*). Tras una serie de impugnaciones en diversas instancias judiciales estatales[411,] el caso llegó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos que admitió las apelaciones y confirmó la declaración de inconstitucionalidad de la Ley[412]. El fundamento de tal pronunciamiento de inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones era relativamente sencilla: la norma constituía un atentado a la libertad de expresión y de prensa al constreñir de lleno tales derechos consagrados en la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana.

A partir del ejemplo norteamericano, otros Estados —o comunidades de Estados, como la Unión Europea— han tendido a aproximarse a su enfoque, aunque, en ocasiones, con serios correctivos entre los que se encuentran los relativos a los derechos de rectificación y réplica, como pasamos a exponer.

2. ¿Son los derechos de rectificación y réplica garantías distintas? La solución del ordenamiento jurídico español a partir de otros Derechos

Uno de los fenómenos asociados a esta cuestión que resultan más llamativos para el investigador es la existencia de términos diversos con los que pretendidamente se alude al derecho de rectificación, sin que hayamos encontrado expuesta una neta diferenciación entre ellos. Ciertamente, comenzaremos analizando el alcance de la terminología que se ha impuesto en nuestro ordenamiento, *derecho de rectificación*, y comprobaremos su identidad o divergencia con otras las garantías amparadas por otras denominaciones.

---

[411] Para los avatares y pormenores del caso remitimos a FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L., *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 99-100, así como a BARNÉS VÁZQUEZ, J., "La Internet y el Derecho. Una nota acerca de la libertad de expresión e información en el espacio cibernético", en CHINCHILLA MARÍN, C. (Dir.), *Ordenación de las telecomunicaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 265-270.

[412] U.S. Supreme Court, *Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, No. 96-511, June 26, 1997.

ISBN 978-84-694-0081-4

La realidad es que en nuestra tradición jurídica la expresión *derecho de rectificación* se confunde prolongadamente con otros y, sobre todo, con el *derecho de réplica*. El origen de esta dualidad terminológica no deslindada se encuentra tal vez en la tradición francesa, de la que se importa la institución en España, que reconoce dos derechos sólo similares: el de réplica (*reponse*) y el de rectificación (*rectification*). Como veremos seguidamente, su distinción reside tanto en el contenido de la garantía como en elementos más bien accidentales, pero ha sido muy probablemente la causa de que la duplicidad terminológica se haya prolongado durante mucho tiempo en España.

En efecto, como recuerda FARRÉ LÓPEZ, existen dos sistemas por lo que se refiere a las posibilidades de que los individuos puedan contestar las informaciones y/u opiniones difundidas por o editadas en los distintos medios de comunicación, uno *amplio* y otro más *restringido*[413].

El primero es propiamente el francés en relación con el cual, si bien los titulares del derecho de *rectification* son únicamente los responsables públicos "cuando los actos propios de su función no hayan sido exactamente narrados por un diario o publicación periódica" [414], se reconoce con una generosa amplitud el *droit de reponse*. Este tiene ya un alcance no sólo subjetivo, sino objetivo más dilatado que la mera *rectification*, en la medida en que abarca la contradicción tanto de informaciones como de opiniones, atisbándose ya en él esa teleología de tutela del debate de ideas, más que de mera protección individual, tan predominante en el mundo anglosajón. En efecto, como con acierto señala Farré López, la *reponse* cubre tanto la contestación (*rectification*) de meras informaciones relativas, pues, a hechos, como la réplica a opiniones o juicios de valor[415]. En el primer caso, no se exige —nota, como veremos, compartida con otros ordenamientos europeos, incluido el español— que los hechos objeto de la contestación sean ciertos, pero se otorga a los individuos la posibilidad de dar otra versión de los mismos, desmentirlos, enmendarlos, etcétera.

---

[413] FARRÉ LÓPEZ, P., *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 83 y ss.

[414] RIVERO YSERN, E., "Los derechos de rectificación y réplica en la prensa, la radio y la televisión: reflexiones a la luz de nuestro Derecho positivo", *Revista de Administración Pública*, núm. 57, 1968, pág. 144.

[415] FARRÉ LÓPEZ, P., *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 83.

ISBN 978-84-694-0081-4

El segundo sistema, denominado *restringido*, es el alemán. En él únicamente existe la versión más limitada presente en el sistema francés, esto es, la rectificación de meras informaciones (*Gegendarstellung*[416]). Bajo la presidencia de la máxima de que "los hechos son sagrados pero las opiniones son libres"[417] este sistema vuelve a potenciar la tutela individual sin atender, al menos no en la misma medida que la *réplica*, a la vivificación del estado de la opinión pública a través de la confrontación de ideas. Como señala URÍAS[418], ciertamente la rectificación contribuye al pluralismo informativo y, desde esta perspectiva tiene una indiscutible dimensión colectiva, pero es asimismo indudable que tal dimensión queda mutilada sin la confrontación de ideas y opiniones.

Pues bien, a pesar de emulaciones precedentes del modelo francés, es cabalmente este sistema restringido el que ha prevalecido en España, según comprobaremos a continuación, en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. Así, como en Alemania, la rectificación "española" opera exclusivamente en relación con informaciones pero no en cuanto a las opiniones vertidas, tal y como acreditan tanto el artículo 1 LODR[419], como otros de dicha Ley, que se refieren nítidamente a los "hechos", y así ha sido confirmado reiteradamente por los Tribunales[420].

---

[416] Aunque debe decirse que este término es más preciso que el de "rectificación", pues remite más bien a un derecho de "contestación" más fiel ciertamente con una garantía limitada a refutar meras informaciones. De hecho, como recuerda FARRÉ LÓPEZ (*Ibídem*, pág. 84), este vocablo sustituyó en la legislación de los diferentes *Lander* a la precedente y ahora más inadecuada expresión "rectificación" (*Berichtigung*).

[417] Así nos lo recuerda nuevamente FARRÉ LÓPEZ, P., *Ibídem*. Pero tal máxima resulta ser falaz o, cuanto menos, precisada de abundantes matizaciones, sobre todo si es esgrimida por un sistema que, a su vez, no despliega escrutinio alguno sobre la veracidad de los hechos contenidos en las "rectificaciones".

[418].URÍAS, J., *Lecciones de Derecho de la Información*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 191. Asimismo, forma parte de la doctrina de nuestro TC que la rectificación "supone un complemento a la garantía de la opinión pública libre" (STC 68/1986, de 22 de diciembre, f.j. 5º).

[419] Que señala que *toda persona natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considera inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio*. La referencia al posible "perjuicio" individual que la difusión de los hechos rectificados pueda haber causado a su titular, refuerza, en nuestra opinión, la naturaleza prevalente de desagravio personal que presenta este derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Sin perjuicio, no obstante, de que la rectificación sea compatible con el ejercicio de cuantas acciones se consideren necesarias para restaurar cualquiera de los derechos reconocidos en el art. 18 CE.

[420] *Vid.*, entre tantas, la SAP de Barcelona (sección 11ª) de 10 de julio de 2002 (JUR 2002\270682).

ISBN 978-84-694-0081-4

3. Rectificación (¿o réplica?) y su proyección sobre la Web

3. 1. Algunas interpretaciones judiciales españolas en torno al alcance de la expresión "medio de comunicación social" contenida en la LODR y su traslación a la Red

Dado que el derecho a la información y la libertad de expresión vienen ejercidos por lo común por mediación de los denominados medios de comunicación social, ha sido usual en la mayoría de los Estados el establecimiento de ciertas normas tendentes a garantizar otros derechos fundamentales que pudieran entrar en conflicto con ellos y que han sido concebidos inicialmente como aplicables a los *medios de comunicación social* en cuanto tales, como puede ser el *derecho de rectificación*.

Así, que éste se aplica, en principio, en nuestro ordenamiento únicamente a las informaciones ofrecidas por los *medios de comunicación social* viene acreditado por el ya citado artículo 1 LODR, que alude a *[…] la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, […]*. Cuestión distinta —y es aquí donde se encuentra la clave de bóveda del tema— es la relativa a los perfiles de este concepto en la moderna sociedad de la información.

En este sentido, ciertas resoluciones judiciales patrias han admitido ya un concepto expansivo de medio de comunicación en Internet a los efectos de la aplicación del derecho de rectificación. Así, la SAP de Asturias (Sección 6ª) de 3 de junio de 2002[421] estimó la sentencia de instancia dictada como consecuencia de la demanda interpuesta por un particular contra la *Web* oficial del foro de "Andecha Astur" para que procediera a rectificar imputaciones calumniosas vertidas en mensajes remitidos por comunicantes anónimos. Al margen quedan, claro es, un buen número de sentencias que extienden la obligación de rectificación a versiones web de medios tradicionales, la mayor parte de las veces en casos en los que la acción judicial ha procedido contra la versión no electrónica editada por el medio.

Por el contrario, otras resoluciones han negado la aplicación de la LODR a servicios web carentes de la fisonomía tradicional de los medios *off-line*. Una de las más explicativas al respecto ha sido la SAP de León

[421] JUR 2002\200895.

ISBN 978-84-694-0081-4

(Sección 2ª) de 19 diciembre de 2005 (JUR 2006\27518). En ella se señala que:

> “TERCERO.- […] la FUNDACIÓN VILLALAR no es un “medio de comunicación social” al que hacen referencia expresa la mayor parte de los artículos de la Ley Orgánica 2/1.984, de 26 de marzo, en concreto seis de los ocho artículos que contiene. En efecto, la página de internet de la Fundación demandada no es un instrumento dirigido a trasmitir información de todo tipo a un público numeroso y heterogéneo, ni se trata de un medio al que se pueda exigir una comprobación de veracidad, mediante la investigación diligente y contrastada de la información que ofrece, en el marco del derecho constitucional a comunicar y difundir libremente información veraz (art. 20 CE), del que el derecho de rectificación es instrumental. Por el contrario, dicha página constituye un instrumento que no persigue, como fin último y específico, transmitir información de relevancia social, sino que sirve a la Fundación para darse a conocer y mostrar, entre otras cosas que puedan servir a sus propios fines, una visión de un devenir histórico que no tiene porque ser necesariamente el más acertado, ni el más completo ni el más objetivo, por no tratarse, como hemos señalado, de un medio de comunicación social.
>
> CUARTO.- […] Como ya hemos indicado, dicha información no procede de un medio de comunicación, en el que la veracidad, entendida como comprobación de la información mediante investigación diligente y contrastada de la misma, deba primar a los efectos de garantizar el derecho a recibir una información veraz (art. 20.1, d) C.E.), por lo que no puede más que atribuirse a la misma el carácter de una mera opinión, resultando inútil, y fuera de lugar, que este Tribunal proceda a fijar un relato histórico que sirva para determinar lo que es cierto y lo que es incierto, lo que es completo y lo que es incompleto, al margen de que dicho relato no dejaría de ser más que otra opinión, por lo demás nada cualificada, por muchos conocimientos científicos que pudieran aportar al pleito los Historiadores que han informado sobre el contenido de la página Web de la Fundación demandad”.

3. 2. Las intervenciones normativas de alcance europeo

Una vez analizada la escasa doctrina judicial existente en nuestro país sobre la proyección de la LODRD en la web, desde el punto de vista regulador resulta imprescindible hacer una referencia algo más detenida a las iniciativas reguladoras —aunque limitadas al nivel de *soft-law*— provenientes de diversas instituciones europeas. La primera cristalizó en la Recomendación (2004) 16, de 15 de diciembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el derecho de rectificación en el nuevo contexto de

ISBN 978-84-694-0081-4

los medios de comunicación social[422]. Esta norma vino a disponer que el derecho de réplica fuera eficaz ante cualquier proveedor de contenidos en la Red y no sólo frente a los medios de comunicación social operados con carácter profesional[423].

Únicamente se exige que se trate de un medio o servicio de aparición periódica. Curiosamente, la versión del borrador de enero de 2003 se aplicaba tan sólo a los "medios on-line profesionales". Dos meses más tarde, en marzo de ese mismo año, el texto había suprimido el término "profesional" e intencionadamente cubrió todo tipo de medios on-line, señalando que organizaciones informativas, páginas web personales, listas de correo moderadas, bitácoras o weblogs en Internet deberían ofrecer un derecho de réplica a todos aquellos que fueran criticados por una persona u organización; referencias estas que la actual norma, sin embargo, no contiene expresamente[424].

Asimismo, desde el punto de vista de las iniciativas desarrolladas a nivel comunitario, conviene detenerse en la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información[425], que parece enderezarse en el mismo sentido al señalar que, a los efectos del derecho de réplica, "por «medio de comunicación» se entenderá cualquier medio que permita la difusión al público de información editada en línea, como por ejemplo periódicos, revistas, radio, televisión y servicios de noticias basados en la web".

---

[422] Accesible en https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=802817&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679#P4_65 (consultado por última vez en noviembre de 2010). Un comentario a la misma puede encontrarse, entre otros, en SANAGLIONI, A., "Il diritto di rettifica in Internet (alla luce di una recente raccomandazione del Consiglio d'Europa)", *Diritto dell'Internet*, núm. 4, 2005, págs. 385-388.

[423]. Consúltese al respecto el interesante artículo de MCCULLAGH, D., "Why Europe still doesn't get the Internet", de 16 de junio de 2003, accesible en http://news.com.com/2010-1071_3-1017333.html (consultada por última vez en noviembre de 2010).

[424] Las reticencias existentes en relación con la extensión de esta garantía a los servicios *on-line* determinó, de hecho, la formulación de sendas reservas, en tal sentido, a este instrumento por parte de las representaciones permanentes del Reino Unido y la República de Eslovaquia.

[425] 2006/952/CE. Accesible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:378:0072:0077:ES:PDF (consultada por última vez en noviembre de 2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

Como puede vaticinarse, estas previsiones supondrán un cierto aldabonazo a la tan predicada concepción de Internet como una Red de libertad, cuyo desarrollo es —se dice— esencialmente incompatible con una penetrante intervención pública[426].

Asimismo, no parece haber duda de que la garantía recogida en estos dos instrumentos es propiamente la versión *restringida* analizada *supra*, esto es, el *derecho de rectificación* con el alcance ya conocido propio de Derechos como el alemán o el español, a pesar de que forzosamente las versiones inglesas de ambos documentos se refieran al *right to replay*. En efecto, la primera de las recomendaciones dispone en su primer principio que "any natural or legal person, irrespective of nationality or residence, should be given a right of reply or an equivalent remedy offering a possibility to react to any information in the media presenting inaccurate facts about him or her and which affect his/her personal rights". En cuanto a la proveniente de la Unión Europea, apunta a un objeto muy similar cuando señala que "Sin perjuicio de las demás disposiciones civiles, administrativas o penales adoptadas por los Estados miembros, cualquier persona física o jurídica, independientemente de su nacionalidad, cuyos legítimos intereses, en particular, pero no exclusivamente, por lo que atañe a su honor y su reputación, hayan sido lesionados como consecuencia de una afirmación de hechos en una publicación o difusión, debería poder disponer de un derecho de réplica o de recursos equivalentes"[427].

---

[426] Así, en Italia, por ejemplo, la tendencia parece ser otra, de manera que el Proyecto de Ley, en tramitación al momento de cerrar estas páginas, extiende la garantía de la "rectificación" únicamente a publicaciones periódicas en la Red ("*ivi compresi i giornali quotidiani e periodici diffusi per via telemática*"). *Vid.* el *Disegno di Legge* sobre *Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali. Modifica della disciplina in materia di astensione del giudice e degli atti di indagine. Integrazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche* (accessible en http://nuovo.camera.it/view/doc_viewer_full?url=http%3A//www.camera.it/_dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp%3Fcodice%3D16PDL0038530&back_to=http%3A//nuovo.camera.it/126%3FPDL%3D1415-B%26leg%3D16%26tab%3D2%26stralcio%3D%26navette% consultada por última vez en noviembre de 2010).

[427] Anexo I. Esta tendencia se ha confirmado en el Considerando 103 de la Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).

ISBN 978-84-694-0081-4

3. 3. Breve referencia al estado de la cuestión en los Estados Unidos

En todo caso y en realidad, la propia existencia del derecho de rectificación o réplica es controvertida en muchos Estados, incluso en relación con los medios de comunicación social que podríamos denominar "clásicos". Por una parte, algunos europeos no lo reconocen en absoluto ni siquiera frente a los medios *off-line*, como son los casos de Portugal, Reino Unido o Irlanda. Por otra parte, los E.U.A han experimentado una evolución muy indicativa al respecto. Como es sabido, en este país se concibió a finales de los años sesenta un *right to reply* a través de la conocida como *Fairness Doctrine*[428].

Sin embargo, la misma se aplicó únicamente a los *broadcasters*, en el entendimiento de que éstos tenían "a fiduciary duty to the public", que se concretaba precisamente en el derecho de los particulares a acceder a espacios de emisión (de los que teóricamente el propio público era titular y el operador de televisión mero concesionario o depositario) para exponer puntos de vista contrapuestos en asuntos de interés público. Por el contrario, tal doctrina fue expresamente excluida para la prensa escrita[429], lo que permite advertir al menos un aspecto de la inconstitucionalidad de la *Communications Decency Act* a que antes nos referimos: si los medios en Internet se equiparan a la prensa escrita y en ésta no rige el derecho de réplica, la Ley que lo imponga sólo para aquéllos es inconstitucional por contraria a la Primera Enmienda. Igualmente, la *Fairness Doctrine* se excluyó incluso para la televisión por cable por no concurrir en dicho medio los requisitos mencionados, sobre todo el de escasez[430] La regla sufrió posteriormente un decisivo abandono y las intenciones del Congreso de readoptarla a través de un instrumento legislativo fueron frenadas por el veto del Presidente Ronald Reagan[431].

---

[428] Inaugurada con la célebre U.S. Supreme Court *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367, June 9, 1969.

[429] Desde U.S. Supreme Court *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241, June 25, 1974.

[430] *Vid.* al respecto SMOLLA, R.A., *Smolla and Nimer on Freedom of Speech. A Treatise on the Theory of the First Amendment,* Mathew Bender, New York, 1994, págs. 14-41 y 14-42.

[431] SMOLLA, R.A., *ibídem*, pág. 14-14.

ISBN 978-84-694-0081-4

4. Conclusiones

La extensión del derecho de rectificación a todos los servicios de información basados en la web, incluyendo los no profesionalizados ni, en consecuencia y en principio, dotados de los característicos estatutos de la empresa periodística ni del informador, puede implicar consecuencias de muy diversa índole. Por de pronto y ante la dificultad de individualizar en muchas ocasiones aquellos servicios a través de los cuales se está, de un modo cualificado o preponderante, ejercitando alguna de las libertades o derechos reconocidos en el art. 18 CE, supone virtualmente extender la consideración de medio de comunicación prácticamente a casi cualquier actividad desplegada en la Red[432]. Lo que, todo sea dicho, supone un enfoque poco acertado de este fenómeno, que implica un nuevo *canal*[433] pero no un nuevo *medio* de comunicación. A su vez, esta tendencia supondría la necesidad de extender las garantías del periodismo profesional, al menos, a ciertos servicios que puedan resultar, aun sólo parcialmente, equivalentes a la prensa y los medios tradicionales. También esta es una tendencia poco a poco visible[434].

Además, debe tenerse en cuenta que la rapidez y dinamicidad de las informaciones suministradas por servicios web, así como la inevitable aplicación superpuesta del régimen de responsabilidad propio de los prestadores de servicios de la sociedad de la información[435], determinan muy probablemente la conveniencia de llevar a cabo no sólo una modificación de

[432] No se piense que estamos ante una mera hipótesis. Algunos pronunciamientos judiciales en E.U.A. avalan la tendencia. Esta doctrina se apunta, entre otras, en State of Georgia Supreme Court *Mathis v. Cannon,* S-02-G-0361, July, 2002.

[433] Incluso esta afirmación requiere serias matizaciones, pues Internet es un canal que en muy buena medida modifica los existentes y crea servicios de nuevo cuño, sencillamente inconcebibles en la realidad *off-line*, lo que dificulta en buena medida —cabalmente por no concurrir la *equivalencia* requerida— la aplicación del principio de neutralidad tecnológica a efectos de trasladarle indiscriminadamente la regulación de la comunicación tradicional.

[434] En este sentido, especialmente interesante fue la decisión del Tribunal Estatal de Apelaciones de San José (California, USA) que, en mayo de 2006, confirmó que los *bloggers* se encuentran amparados por la misma Ley que permite a los periodistas no revelar sus fuentes, enmendando de este modo la decisión previa de un Juez de Santa Clara dictada en sentido contrario.

[435] Contenida esencialmente, como es bien sabido, en los arts. 13 y ss. de la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

ISBN 978-84-694-0081-4

la LODR, sino de emprender una reforma meditada y coordinada de nuestro ordenamiento jurídico[436].

[436] Aunque algunas de sus propuestas han sido ya superadas por el marco normativo aprobado con posterioridad, pueden localizarse reflexiones interesantes al respecto en el trabajo de BENITO GARCÍA, J.M., *La universalización del acceso a la información en el derecho de rectificación*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2001, págs.. 180 y ss. (accesible en http://eprints.ucm.es/4330/ ; consultado por última vez en noviembre de 2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

II. Identidad y reputación digital. El derecho de rectificación en Internet y la LO 2/1984, de 26 de marzo

María Concepción Torres Díaz

Abogada

Profesora Asociada de Derecho Constitucional

Universidad de Alicante

Resumen:

El diario digital Público.es publicaba en septiembre de 2008 un artículo con el siguiente titular "Vigilantes digitales de la buena reputación". En él se hacía eco de la importancia que en la actual sociedad de la información tienen los contenidos digitales que se generan sobre personas físicas y/o jurídicas. Contenidos que pueden afectar a la reputación y/o al buen nombre de profesionales, marcas corporativas, empresas y/o particulares. Contenidos que surgen en foros, wikis, redes sociales, etc. y que son muy difíciles de controlar y/o rectificar cuando se desconoce su autoría. Ante esta realidad dinámica propia de la web 2.0 surgen una serie de interrogantes. ¿Qué papel juega (o puede jugar) en el ámbito de Internet, la LO 2/1984, de 26 de marzo, que regula el derecho de rectificación? ¿Qué trascendencia puede tener el derecho de rectificación cuándo las informaciones se cuelgan en foros, wikis o redes sociales? ¿Se puede ejercitar este derecho cuando lo que se pretende rectificar son opiniones y no meras informaciones de hechos? La presente comunicación pretende reflexionar sobre las limitaciones del derecho de rectificación tal y como viene regulado en la LO 2/1984, de 26 de marzo. Limitaciones que se observan cuando se pretende que el derecho de rectificación despliegue sus efectos en el ámbito de Internet. Y es que ¿qué ocurre cuando se ejercita este derecho ante contenidos indexeados por los buscadores en Internet?

Palabras clave: *identidad digital, reputación digital, derecho de rectificación, libertad de expresión y de información y derecho al honor.*

1. Planteamiento general

El artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de rectificación[437], dispone que *"toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considera inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicios"*. Del tenor literal de este precepto se pueden extraer algunas consideraciones importantes cuando se pretende que la Ley Orgánica 2/1984 surta efecto en el ámbito de Internet. Esto es, cuando lo que se pretende rectificar son contenidos digitales susceptibles de causar perjuicios a las personas naturales o jurídicas a las que hace referencia.

El diario digital Público.es publicaba en septiembre de 2008 un artículo con el siguiente titular *"Vigilantes digitales de la buena reputación"*[438]. En él se hacía eco de la importancia que en la actual sociedad de la información tienen los contenidos digitales que se generan sobre personas físicas y/o jurídicas. Contenidos que pueden afectar a la reputación y/o al buen nombre de profesionales, marcas corporativas, empresas y/o particulares. Contenidos que surgen en foros, wikis, redes sociales, etc. y que son muy difíciles de controlar y/o rectificar cuando se desconoce su autoría. Ante esta realidad dinámica propia de la web 2.0 surgen una serie de interrogantes. ¿Qué papel juega (o puede jugar) en el ámbito de Internet la LO 2/1984, de 26 de marzo, que regula el derecho de rectificación? ¿Qué trascendencia puede tener el derecho de rectificación cuándo las informaciones se cuelgan en foros, wikis o redes sociales? ¿Se puede ejercitar este derecho cuando lo que se pretende rectificar son opiniones y no meras informaciones de hechos? La presente comunicación pretende reflexionar sobre las limitaciones del derecho de rectificación tal y como viene regulado en la LO 2/1984, de 26 de marzo. Limitaciones que se observan cuando se pretende que el derecho de rectificación despliegue sus efectos en el ámbito de Internet. Y es que ¿qué ocurre cuando se ejercita este derecho ante contenidos indexeados por los buscadores en Internet?

---

437 Véase http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1984-7248#analisis.

438 Véase el artículo publicado en el diario digital Público.es en http://www.publico.es/ciencias/153545/vigilantes/digitales/buena/reputacion, (fecha de consulta 20/05/2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

2. Conceptualizaciones

Partiendo de las anteriores consideraciones resulta importante delimitar conceptualmente algunas cuestiones. Y es que la propia dinámica de Internet (en general) y de la web 2.0 (en particular) nos obliga aludir a conceptos como identidad[439] digital (electrónica) o reputación[440] digital (online). Con respecto a la identidad digital señala Alamillo[441] que bajo esa expresión *"se han venido agrupando, de forma reciente, las técnicas que permiten a las personas y a las organizaciones identificarse y actuar en redes, mediante mecanismos de autenticación de mayor o menor robustez"*. Resulta interesante aludir a las propiedades, que señala este autor, sobre la identidad digital como instrumento referencial de las personas identificadas. Propiedades que han sido apuntadas por la OCDE[442]. Y es que, según este organismo, cuando hablamos de identidad digital aludimos a una identidad que es esencialmente social (por nuestra propia vida en sociedad), a una identidad que es, al mismo tiempo, subjetiva (por la percepción del "yo" que tenemos y por la percepción que los demás tienen de nosotros). Aludimos, también, a una identidad que es valiosa por el ingente capital informacional susceptible de contener. Una identidad que es referencial, compuesta, consecuencial, dinámica, contextual y potencialmente equívoca. Sobre la identidad digital resulta importante acuñar otro concepto no menos interesante como es el de "cyborg"[443] para designar a un ser compuesto por elementos orgánicos y dispositivos tecnológicos cuyo ámbito de existencia es

---

439 Sobre el concepto de identidad resulta interesante acudir a su sentido etimológico. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua en su acepción segunda define "identidad" como *"el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás"*. Por su parte, en su acepción tercera la "identidad" se entiende como la *"conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás"*. Véase http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?LEMA=identidad, (fecha de consulta 02/09/2010).

440 Sobre el concepto "reputación" véase http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?LEMA=identidad, (fecha de consulta 08/09/2010). Según recoge la RAE por el término "reputación" se entiende en su primera acepción "opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo". Por su parte, su segunda acepción alude a "prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo".

441Sobre la identidad electrónica véase ALAMILLO DOMINGO, I., "La identidad electrónica en la red", en RALLO LOMBARTE, A., y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Derecho y redes sociales*, Civitas, Pamplona, 2010, "págs. 37-53", pág. 37 y ss.

442 Véase http://www.oecd.org/home/0,2987,en_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html, (fecha de consulta 10/09/2010).

443 Véase el artículo en línea publicado en red.es. Artículo que lleva por título "La forja de una identidad digital", en http://www.red.es/reportajes/articles/id/3545/forja-una-identidad-digital-.html, (fecha de consulta 17/09/2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

el ciberespacio. Un ámbito en contínua transformación debido a la imparable generación de contenidos y transferencia de datos. Un ámbito que avanza a grandes pasos y en donde las personas físicas o jurídicas pretenden asentar su presencia por la necesidad de participar activamente en la llamada sociedad de la información. De ahí la importancia de controlar la identidad digital. Una identidad en cuya construcción no sólo intervienen los sujetos interesados y afectados, sino otra serie de sujetos (terceros) cuyos comentarios y opiniones van a ser determinantes para conformar esa llamada identidad digital.

Pero junto a la identidad digital (en el ciberespacio) cobra relevancia otro concepto no menos importante. Así, hablamos de reputación digital[444] para referirnos al prestigio o estima de una persona o marca en Internet. Un prestigio o estima que no depende de la persona física o jurídica afectada sino que la "fabrican" terceros a través de opiniones, experiencias, comentarios, etc. Y es que es esa participación de terceros en la conformación de la identidad y reputación digital la base sobre la que se asienta la presente comunicación ante la necesidad de tener que hacer uso del llamado derecho de rectificación ante contenidos o informaciones inexactas[445] y cuya divulgación pueda causar perjuicios a los sujetos afectados.

Se ha aludido, en párrafos anteriores, a conceptos como ciberespacio[446], web 2.0[447], redes sociales[448], wikis[449], foros, etc. Conceptos

---

444 Sobre la reputación online o digital véase http://www.x-novo.com/reputacion-digital/, fecha de consulta (20/08/2010).

445 Véase el artículo en línea firmado por ALCÁZAR, P., "Cómo mejorar la reputación personal y corporativa en la red", en Emprendedores.es, http://www.emprendedores.es/empresa/habilidades/reputacion_digital_personal_y_corporativa/asi_se_borra_la_mala_reputacion, (fecha de consulta 24/08/2010).

446 Sobre el concepto de ciberespacio resulta interesante aludir a la Declaración de independencia del ciberespacio de John Perry Barlow, véase http://biblioweb.sindominio.net/telematica/manif_barlow.html, fecha de consulta 05/08/2010).

447 Sobre el concepto de web 2.0 se podría decir que es un concepto asociado a un fenómeno social que está basado en la interacción que se logra a través de diferentes aplicaciones web. Aplicaciones que permiten o facilitan el compartir información, la interoperabilidad, el diseño centrado en usuarios/as y la colaboración en la World Wide Web. Por tanto, se podría decir que la web 2.0 es la *"t*ransición que se ha dado de aplicaciones tradicionales hacia aplicaciones que funcionan a través de la web enfocadas al usuario/a final", véase http://www.maestrosdelweb.com/editorial/web2/, (fecha de consulta 12/09/2010).

Sobre la web 2.0 véase RODRÍGUEZ DE SEPÚLVEDA MAILLO, D., y RODRÍGUEZ DE SEPÚLVEDA MAILLO, S., *Cómo sobrevivir en la Red*, Ra-Ma, Madrid, 2009, págs. 20-

ISBN 978-84-694-0081-4

no menos importantes cuando lo que pretende la presente comunicación es determinar hasta qué punto puede ser efectiva la regulación del derecho de rectificación contenido en la LO 2/1984, de 26 de marzo. Y es que, como posteriormente se analizará, es la propia ley la que limita su uso cuando en su artículo 1 alude al derecho de rectificar *“informaciones de hechos difundidos en medios de comunicación social”.*

A tenor de lo anterior surgen una serie de cuestiones ¿puede extrapolarse el concepto de “medio de comunicación social” a los foros, redes sociales, wikis, etc. con el objeto de poder hacer efectivo el derecho de rectificación? ¿Puede utilizarse el derecho de rectificación para solicitar la rectificación de opiniones subjetivas y no meras informaciones de hechos? Y por último ¿cómo se rectifican las informaciones indexeadas por los buscadores?

---

21. Señalan estos autores que la web 2.0 está formada por “páginas cuyo contenido se actualiza con una gran frecuencia y en la que el diseño y los estilos pasan a un segundo plano, se da una mayor importancia a los contenidos y por supuesto automatizando el proceso de inserción de dichos contenidos, para que cualquier persona pueda tener su propio espacio en Internet sin necesidad de tener conocimientos en el campo de la programación Web o Html”.

448 Sobre las redes sociales véase ORTIZ LÓPEZ, P., “Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal”, en RALLO LOMBARTE, A., y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (coords.), *Derecho y … op.cit.,* “págs. 23-36”, pág. 24. Señala esta autora que las redes sociales online se podrían definir como “aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes en base a criterios comunes y permitiendo la conexión con otros usuarios y su interconexión”. Añade esta autora que las redes sociales online *“son un ejemplo de web 2.0 o web colaborativa, en la que Internet deja de ser un foco de información para convertirse en un espacio virtual retroalimentado en el que los usuarios consumen , pero también aportan infomación”.*

Sobre las redes sociales RODRÍGUEZ DE SEPÚLVEDA MAILLO, D., y RODRÍGUEZ DE SEPÚLVEDA MAILLO, S., *Cómo sobrevivir … op.cit.,* págs. 26-27, resaltan que son “el verdadero buque insignia” de la web 2.0 que nacieron en entornos universitarios con el fin de ser un punto de encuentro entre nuevos/as y antiguos/as alumnos/as.

Interesante el artículo de VILASAU SOLANA, M., “¿Hasta dónde deben regularse las redes sociales?”, en *Revista española de Protección de Datos (Enero-junio 2009),* Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, “págs. 105-136”.

449 La wiki “es un sitiio web formado por numerosas páginas que pueden ser editadas y actualizadas por distintos usuarios”, véase RODRÍGUEZ DE SEPÚLVEDA MAILLO, D., y RODRÍGUEZ DE SEPÚLVEDA MAILLO, S., *Cómo sobrevivir … op.cit.*, “págs. 20-21”. Véase también http://es.wikipedia.org/wiki/Wiki, (fecha de consulta 12/09/2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

3. Identidad digital y reputación digital en el marco del derecho de rectificación

Antes de adentrarse en los problemas específicos que surgen cuando se intenta hacer efectivo el derecho de rectificación en el ámbito del ciberespacio, considero oportuno delimitar el contenido del derecho de rectificación. No obstante, resulta interesante recurrir al sentido etimológico del verbo "rectificar". Y es que según el Diccionario de la RAE "rectificar"[450] implica *"reducir algo a la exactitud que debe tener"*, *"contradecir a alguien en lo que ha dicho, por considerarlo erróneo"*, *"modificar la propia opinión que se ha expuesto antes"* o *"corregir las imperfecciones, errores o defectos de algo ya hecho".*

Partiendo de las anteriores definiciones el derecho de rectificación objeto de análisis se encuentra regulado en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo. Como ha quedado establecido en párrafos anteriores su artículo 1 dispone que *"toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio"*. Del tenor literal de este precepto cabe realizar una serie de consideraciones desde el punto de vista constitucional. Y es que cuando se alude al derecho de rectificación no se hace referencia a un derecho fundamental, aunque sí a un derecho subjetivo que faculta a su titular para recabar la tutela judicial en los términos y con las especialidades que la propia ley regula.

No obstante, si bien no hay un precepto expreso en nuestro texto constitucional, en concreto, en su Título I que reconozca expresamente el "derecho de rectificación", lo cierto y verdad es que este derecho se encuentra ubicado entre dos conjuntos de derechos que sí están *"explícitamente reconocidos"*, como señala GUTIÉRREZ GOÑI[451], y que son

---

450 Véase http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?LEMA=rectificar, (fecha de consulta 10/08/2010).

451 Véase GUTIÉRREZ GOÑI, L., *Derecho de rectificación y libertad de información. (Contenidos constitucional, sustantivo y procesal de la LO 2/1984, de 26 de marzo)*, Bosch, Navarra, 2003, pág. 17. Sobre el derecho de rectificación véase ESQUEMBRE VALDÉS, M., *Derecho de rectificación: regulación legal*, Universidad de Alicante, Alicante, 1996. Véase también ESQUEMBRE VALDÉS, M., *Derecho de rectificación, veracidad y pluralismo informativo: análisis de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación*, Universidad de Alicante, Alicante, 1998. Igualmente interesante resulta la monografía de LIZARRA VIZCARRA, I., *El derecho de rectificación,* Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005.

ISBN 978-84-694-0081-4

los derechos recogidos en el artículo 18.1 CE (honor, intimidad y propia imagen) y los derechos del artículo 20.1 CE (libertad de expresión e información).

En concreto, se podría afirmar que el derecho de rectificación se sitúa en los conflictos susceptibles de generarse entre los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE frente a los derechos (también) fundamentales del artículo 20.1 CE. Esto es, entre los conflictos susceptibles de generarse entre los derechos al honor, intimidad y propia imagen frente a las potenciales intromisiones ilegítimas del ejercicio de derechos como la libertad de expresión e información[452]. Y es que el derecho de rectificación se configura como una garantía específica de los derechos al honor, intimidad y propia imagen (junto con la protección civil[453] y la protección penal[454] de estos derechos) frente a esas potenciales intromisiones ilegítimas.

Al margen de lo anterior, conviene centrar el objeto de esta comunicación en la efectividad (o no) del derecho de rectificación regulado en la LO 2/1984, de 26 de marzo cuando lo que se pretende rectificar son contenidos aparecidos en foros, redes sociales, wikis, etc.

Con respecto al contenido de la norma objeto de nuestro análisis es importante centrar nuestra atención en su articulado. Un articulado poco extenso ya que la LO 2/1984, de 26 de marzo consta de ocho artículos y una

---

452 Véase GÓNZALEZ PÉREZ, J., *La degradación del derecho al honor: honor y libertad de información*, Civitas, Madrid, 1993. Véase también PLAZA PENADÉS, J., *El derecho al honor y la libertad de expresión: (estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional),* Tirant Lo Blancha, Valencia, 1996. Véase igualmente ALVAREZ GARCÍA, F.J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión: algunos aspectos del conflicto entre ellos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

Un análisis jurisprudencial sobre las libertades de expresión e información se encuentra en BASTIDA FREIJEDO, F.J., y VILLAVERDE MARTÍNEZ, I., *Libertades de Expresión e Información y Medios de Comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

453 Sobre la protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen véase el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Dicho precepto señala las medidas que podrán adoptarse para poner fin a una intromisión ilegítima en el derecho en aras de restablecer al perjudicado en el pleno disfrute del mismo, destacando la posibilidad de adoptar medidas cautelares, la difusión de la sentencia correspondiente o la condena a indemnizar los perjuicios causados. Véase DÍAZ GREGO, M., “Derechos a la privacidad y a la comunicación (arts. 18 y 20)”, en GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (coord.), *Esquemas de Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, “págs. 263-284”, pág. 266.

454 Sobre la protección penal del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen véase el Título XI de Código Penal en donde se sanciona los casos más graves de vulneración del derecho al honor.

ISBN 978-84-694-0081-4

disposición derogatoria. El artículo 1 (como ya se ha comentado) recoge el derecho de toda persona natural o jurídica a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. Señala este precepto que podrán ejercitar este derecho tanto el perjudicado aludido como su representante y, si hubiese fallecido aquél, sus herederos o los representantes de éstos. El artículo 2 regula el procedimiento mediante el cual se ejercitará este derecho. Y es que según recoge *"el derecho se ejercitará mediante la remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de la publicación o difusión de la información que se desea rectificar, de forma tal que permita tener constancias de su fecha y de su recepción"*. Además, continúa señalando dicho precepto que *"la rectificación deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar. Su extensión no excederá sustancialmente de la de ésta, salvo que sea absolutamente necesario"*.

El artículo 3 señala que siempre que el derecho se ejercite en los términos del artículo 2, el director del medio de comunicación social deberá publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquélla en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas. Continúa señalando que si la información que se rectifica se difundió en publicaciones cuya periodicidad no permite la divulgación de la rectificación en el plazo expresado, se publicará ésta en el número siguiente. Además, si la noticia o información que se rectifica se difundió en espacio radiofónico o de televisión que no permita, por la periodicidad de su emisión, divulgar la rectificación en el plazo de tres días, podrá exigir al rectificante que se difunda en espacio de audiencia y relevancia semejantes, dentro de dicho plazo. Por otro parte, el precepto comentado alude a la gratuidad de la publicación o difusión de la rectificación.

De la lectura de estos preceptos se observan algunas carencias cuando se pretende que el derecho de rectificación pueda tener eficacia en el ámbito de Internet. Y es que, como se ha comentado, la propia dinámica de la web 2.0 o web colaborativa implica la generación y publicación de informaciones susceptibles de una posterior rectificación. En este sentido, algunas cuestiones apuntadas brevemente en párrafos anteriores implica tener que re-plantearse la existencia, vigencia y efectividad de este derecho subjetivo. Un derecho subjetivo difícil de observarse cuando lo que se intenta rectificar son opiniones y no meras informaciones de hechos, cuando las

ISBN 978-84-694-0081-4

informaciones sobre las que se solicitan su eventual rectificación no están publicadas en medios de comunicación social sino en webs privadas, foros, wikis o redes sociales o cuando lo que se pretende rectificar son contenidos que han sido indexeados por los buscadores en Internet.

Sobre las dificultades de ejercitar el derecho de rectificación en webs que no se puedan catalogar como medios de comunicación social resulta interesante aludir a la Sentencia de la Audiencia Provincial de León núm. 302/2005 (Sección 2ª), de 19 de diciembre[455]. El Fundamento Jurídico Tercero reproduce el contenido del artículo 1 de la LO 2/1984, de 26 de marzo para señalar que:

“por mucho que el contenido de la información contra la que se dirige la acción ejercitada pudiera contener un relato histórico inexacto y perjudicial para la identidad leonesa, cuya defensa se atribuye la PLATAFORMA recurrente en sus propios Estatutos (…), lo cierto es que en ningún caso la información ha aludido, ni directa ni indirectamente, a dicha PLATAFORMA, ni tampoco a los intereses que ésta trata de defender”. Continúa señalando la sentencia que “la FUNDACIÓN (...) no es un “medio de comunicación social” al que hacen referencia expresa la mayor parte de los artículos de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, en concreto seis de los ocho artículos que contiene. En efecto, la página de internet de la Fundación demandada no es un instrumento dirigido a trasmitir información de todo tipo a un público numeroso y heterogéneo, ni se trata de un medio al que se pueda exigir una comprobación de veracidad, mediante la investigación diligente y contrastada de la información que ofrece, en el marco del derecho constitucional a comunicar y difundir libremente información veraz (art. 20 CE), del que el derecho de rectificación es instrumental. Por el contrario, dicha página constituye un instrumento que no persigue, como fin último y específico, transmitir información de relevancia social, sino que sirve a la Fundación para darse a conocer y mostrar, entre otras cosas que puedan servir a sus propios fines, una visión de un devenir histórico que no tiene porqué ser necesariamente el más acertado, ni el más completo ni el más objetivo, por no tratarse, como hemos señalado, de un medio de comunicación social”.

A los objetos de esta comunicación resulta interesante aludir también al Fundamento Jurídico Cuarto que señala que la información de la web demandada:

---

455 Puede consultarse la sentencia en http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,530/, (fecha de consulta 11/09/2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

"no procede de un medio de comunicación, en el que la veracidad, entendida como comprobación de la información mediante investigación diligente y contrastada de la misma, deba primar a los efectos de garantizar el derecho a recibir una información veraz (art. 20.1, d) CE), por lo que no puede más que atribuirse a la misma el carácter de una mera opinión, resultando inútil, y fuera de lugar que este Tribunal proceda a fijar un relato histórico que sirva para determinar lo que es cierto y lo que es incierto, lo que es completo y lo que es incompleto, al margen de que dicho relato no dejaría de ser más que otra opinión, por lo demás nada cualificada, por muchos conocimientos científicos que pudieran aportar al pleito los Historiadores que han informado sobre el contenido de la página Web de la Fundación demandada".

En base a esta argumentación la Audiencia Provincial de León desestima el ejercicio de la acción de rectificación.

4. Consideraciones finales

A tenor de lo expuesto (brevemente) en esta comunicación se podría afirmar que la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación adolece de múltiples limitaciones cuando lo que se pretende rectificar son contenidos publicados en Internet. En primer lugar, porque la propia delimitación de su objeto de aplicación habla de rectificación de informaciones de hechos y no de opiniones en cuyo caso habrá que acudir a otros medios de defensa como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, o, en su caso, a la vía penal. En segundo lugar, cabe aludir a otro tipo de limitación derivada del medio en el que se publica la información que se pretende rectificar y es que (como se ha comentado) la información de hechos debe estar publicada en medios de comunicación social con lo que es de prever que no se podrá ejercitar en los casos de webs privadas, foros, wikis o redes sociales en donde no existe la figura del director del medio de comunicación al que dirigir la solicitud de rectificación, ni tampoco las exigencias de veracidad en la información publicada. Por último, cabe aludir a los contenidos inexactos indexeados en los buscadores de Internet ¿cómo ejercitar el derecho de rectificación si es que es susceptible de ejercitarse en estos casos?

Sin duda, las cuestiones planteadas en esta comunicación no son baladíes teniendo en cuenta la importancia que en la sociedad de la

ISBN 978-84-694-0081-4

información tiene la llamada identidad y/o reputación digital y los efectos nocivos que una información errónea es susceptible de originar. Ante esta realidad ¿no sería deseable revisar la LO 2/1984, de 26 de marzo, en aras de que la misma tuviera una aplicación extraprocesal (y por ende procesal) adaptable a la realidad dinámica e interactiva de Internet? ¿No sería deseable ampliar el limitado concepto de "medios de comunicación social" en la red? Y es que a falta de una regulación legal más acorde con la faceta online de nuestra sociedad, será la labor interpretativa[456] de los aplicadores del derecho los que tendrán que determinar la aplicación (en su caso) de la LO 2/1984, de 26 de marzo, al supuesto concreto.

456 Sobre la labor interpretativa de los aplicadores del derecho véase GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación (Prólogo de Miguel Carbonell)*, Trotta, Madrid, 2008.

ISBN 978-84-694-0081-4

III. La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución

Lorenzo Cotino Hueso[457]

Profesor titular de Derecho constitucional

Universidad de Valencia

Coordinador de la Red Derechotics

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado "Audios y vídeos del Congreso".

Resumen:

El estudio fija la atención en el conflicto entre las libertades informativas y el derecho a la protección de datos personales, bajo la tesis de que el derecho a la protección de datos personales está sobreprotegido, ninguneándose el tradicional peso y protección constitucional de las libertades informativas. Ello no obstante se afirma que esta sobreprotección jurídica no tiene efecto alguno en la realidad. Y es que en la red queda absolutamente indefenso al afectado en sus datos personales, con lo cual ambos derechos y libertades quedan menoscabados. Se describe un análisis de supuestos y ponderaciones jurídicas realizadas mayoritariamente en sede de la Agencia Española de Protección de Datos. Se parte de que las libertades de expresión e información protegen la difusión de expresiones e informaciones y datos personales por cualquier sujeto a través de cualquier canal, modo o medio. Asimismo se afirman las pautas generales y particulares de resolución de conflictos de las libertades informativas y el

[457] cotino@uv.es, www.cotino.es (ahí puede accederse al texto completo de muchas publicaciones). Es coordinador de la Red de especialistas en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, www.derechotics.com . El presente escrito se realiza en el marco del Proyecto I+D+I del MICNIN, "Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites", (DER2009-14519-C05-01/JURI) del que es investigador principal. El presente estudio, aunque con partes diferenciadas, sintetiza en parte, el más amplio trabajo "Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (Art. 3 de la LOPD)" en TRONCOSO REIJADA, Antonio (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Thomsom-Civitas, Cizur Menor, 2010.

derecho a la protección de datos. Finalmente se hace referencia al derecho al olvido en la red y la problemática de las hemerotecas digitales

Palabras clave: *libertades informativas, derecho a la protección de datos personales, Agencia Española de Protección de Datos, ponderación, derecho al olvido, hemerotecas digitales.*

1. Introducción: desatención de un problema real que sacrifica tanto a la protección de datos cuanto a las libertades informativas

Pese al abundante análisis doctrinal y jurisprudencial del conflicto entre las libertades informativas y los derechos del artículo 18. 1º[458], la desatención doctrinal[459] es palmaria cuando se trata del conflicto con el

---

[458] La doctrina es muy copiosa, destaca SÁNCHEZ FERRIZ, R:, *Delimitación de las libertades informativas*, Tirant, Valencia, 2004. Son de todo interesantes las aproximaciones de un experto en protección de datos, GRIMALT SERVERA, P. : *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, Iustel, 2007.

[459] Los trabajos más profundos provienen del ámbito periodístico, destacan los rigurosos estudios de Dader sobre las facultades del periodismo de investigación frente a los derechos de la personalidad en el entorno informático DADER, J. L. : *Periodismo de precisión: la vía socioinformática de descubrir noticias*, Síntesis, [s.l], 1997; "La libertad de investigación periodística sobre bases de datos frente a la falsa coartada de la defensa de la intimidad", en *Revista internacional de comunicación*, nº. 1, 1998; "La libertad de investigación periodística sobre bases de datos frente a la falsa coartada de la defensa de la intimidad: problemas jurídicos y de mentalidad en el ejercicio del "periodismo de precisión" en España", en *Revista Latina de comunicación social*, nº. 14, 1999 (ambos a texto completo en *Dialnet*). Recientemente, dedica buena parte del estudio al tema que aquí se aborda en "El derecho de acceso a la información pública en España: Una víctima de la sensibilidad políticamente correcta" en SANCHEZ DE DIEGO, M: (coord.), *El derecho de acceso a la información pública. El papel del Derecho de la información en la Sociedad del Conocimiento*, *Actas del Seminario internacional complutense*, Universidad Complutense, 2008, págs. 97-121, a partir de pág. 104. Disponible en http://eprints.ucm.es/8946/

También, desde la disciplina de la comunicación crítico con la tiranía de la protección de datos en la función periodística RODRÍGUEZ, P. (2009): "La agenda profesional del periodista ante la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal", *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, vol. 15, pp. 409-429 y, de este autor "El periodismo bajo la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal" *Cuadernos de Periodistas* (16), pp. 67-88, abril 2009). Asociación de la Prensa de Madrid.

Pese al título y la calidad de la autora, lo cierto es que no se afronta la cuestión en ARENAS RAMIRO, M.: "El derecho a la protección de datos personales como garantía de las libertades de expresión e información", en COTINO HUESO L. (coord.), *Libertad en Internet. cit.*. ya citados, de José Luis Dader y Pep Rodríguez. En cambio, sí que interesa a la doctrina jurídica el conflicto de la información administrativa y la protección de datos. Al respecto, destacan GUICHOT REINA, E. : "Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales", en *Revista de administración pública*, nº

derecho a la protección de datos personales. Y en este ámbito el Derecho y la realidad se dan la espalda, algo nada infrecuente, en especial en el ámbito de Internet. Jurídicamente y a mi juicio, el derecho a la protección de datos personales está sobreprotegido, ninguneándose el tradicional peso y protección constitucional de las libertades informativas. Con estos *mimbres* jurídicos se resuelven los supuestos que hasta la fecha se dan, mayoritariamente en sede de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante APD). Eso sí, esta sobreprotección jurídica no tiene efecto alguno en la realidad. Y es que en la red queda absolutamente indefenso al afectado en sus datos personales. Pero, lo que es peor, esta sobredimensionada protección jurídica de los datos personales sí que deja en riesgo a los ejercientes de libertades informativas, so pena de pagar desproporcionadamente y ante la Administración por la difusión de información. Así pues, dos víctimas. Lejos de aportar soluciones, en este estudio se analiza el marco jurídico de la colisión y se señalan las pautas jurídicas de tratamiento adecuado, tanto generales como particulares. Se concluye, no obstante, con algunas propuestas de regulación futura.

2. La premisa: las libertades informativas protegen la difusión de expresiones e informaciones y datos personales por cualquier sujeto a través de cualquier canal, modo o medio

Las libertades de expresión e información protegen y deben ser proyectadas a la red[460]. Como ya he sostenido en otros lugares[461], estas

---

173, 2007, pags. 407-445: FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. Y VALERO TORRIJOS, J.: "Protección de datos personales y Administración electrónica", en *Revista española de protección de datos*, nº. 1, 2006, pags. 115-141; TRONCOSO REIGADA, A. : "Reutilización de información pública y protección de datos personales", *Revista general de información y documentación*, Vol. 19, Nº 1, 2009, pags. 243-264.

[460] Sobre internet y libertades informativas, en España destacan Fernández Estéban, Villate, Fernández Rodríguez, Corredoira Y Alfonso, García Morales, Villaverde Menéndez, Alonso Espinosa, Boix Palop, López García. Entra doctrina norteamericana, Lessig, Sunstein, Ribstein, o Balkin. Sin autor, también recomendable "We*blogs* in Journalism: Blogging and the Law", mayo de 2004, en http://www.unc.edu/~briman/J221/bloglaw.html (4.3.2005).

Por razón de espacio cabe remitir a la cita completa de estos autores en distintos de mis trabajos accesibles en la red:

Entre otros, "Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "*blogs*")", en AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías,* Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005, pags. 51-76. También, "Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión", en COTINO

ISBN 978-84-694-0081-4

libertades se reconocen a toda persona (aunque no sea empresa de comunicación o periodista) que emita información veraz o exprese opiniones, así como a la colectividad que las recibe[462]. Tal fue el punto de partida del Tribunal Supremo de los EEUU (*ACLU vs Reno* de 1997). Y aunque sin valor jurídico normativo) *"*Los Estados miembros no han de colocar restricciones a los contenidos en Internet que vayan más allá de las aplicadas a otros medios de difusión de contenidos*."* (principio nº 1 de la "Declaración sobre la libertad de comunicación en internet", del Consejo de Europa de 28 de mayo de 2003[463]). La "función social" o "constitucional" que desarrollan los medios de comunicación en la sociedad democrática justifica su intensa protección, pero hoy día esta función la desarrollan todos los usuarios de internet en general, no sólo los medios institucionalizados. Hay que evitar inercias de privilegiar a los medios clásicos, que se detectan en los tribunales[464][465]. Y se ha exteriorizado de forma muy preocupanteen alguna resolución de la APD. Así, se llega a fundamentar una sanción en que:

"Las páginas web del imputado no pueden ser consideradas medios de comunicación social sin que quepa invocar el ejercicio y prevalencia del derecho de libertad de información que derivaría en una prevalencia general que aboliría de facto al protección de datos personales. Y que desvirtuaría el equilibrio entre derechos sostenido sobre el derecho de la sociedad a ser informada a través de los medios de comunicación y el de los

---

HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet…,* cit. así como el estudio introductorio a la obra. Asimismo, "Nuevas tecnologías, desafíos y posibilidades para la libertad de expresión", publicación de la Ponencia en las III Jornadas de Derecho constitucional "Constitución y libertad de expresión", Fundación Gimenez Abad-Cortes de Aragón- UNED, Barbastro (Huesca) 7-8 de noviembre de 2008, disponible en el sitio de la Fundación Giménez Abad, www.fundacionmgimenezabad.es en "Estudios Políticos y Parlamentarios"..

[461] Ver nota previa.

[462] La libertad de expresión de opiniones se reconoce a toda persona (arts. 16 y 20. 1. a) CE). También, la libertad de información (art. 20. 1º d) CE) se reconoce "a cualquier otra persona que facilite la noticia veraz de un hecho y a la colectividad en cuanto receptora de aquélla (por todas, SSTC 6/1981, 105/1983, 168/1986, 165/1987, 6/1988, 176/1995, 4/1996)".

[463] Aprobada por el Comité de Ministros en el marco de la 840ª Reunión.

[464] Este criterio, que se vislumbra en SSTC la 136/2004, de 13 de septiembre, FJ 5º recordando la doctrina de del vehículo utilizado para difundir la información, en particular si éste es un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 15/1993, de 18 de enero; STC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3).

[465] El TS ratifica la sanción de la APD por la difusión de información sobre Guardias Civiles condenados por torturas en una web de la Asociación contra la tortura, considerando tales contenidos estaban excluidos de la libre expresión e información. STS de 26 de junio de dos mil ocho, recurso: 6818/2003.

ISBN 978-84-694-0081-4

ciudadanos a la autodeterminación informativa y privacidad sostenido sobre el derecho de protección de datos."[466].

Frente a corriente que amordaza la libertad de expersión e información en la red bajo la espada de Damocles de severísimas sanciones administrativas o penales, para dotar de mayor protección a la difusión de contenidos en la red el TJCE[467] afirma que la importancia de la libertad de expresión impone interpretar ampliamente la noción de "periodismo".

3. Pautas generales y particulares de resolución de conflictos de las libertades informativas y el derecho a la protección de datos

3. 1. Pautas generales de resolución

Sentada la premisa, no cabe duda de que las libertades informativas tienen un conflicto natural con el derecho a la protección de datos personales. Esta colisión de derechos fundamentales sí que es mencionada por la normativa europea[468], si bien según STJCE, 6 de noviembre de 2003, caso *Lindqvist*[469] la resolución se ha de en sede judicial estatal y gracias a la ponderación bajo el principio de la proporcionalidad.

La LOPD no aborda prácticamente la cuestión de la divulgación de datos con finalidad informativa. Sólo habla de los medios de comunicación

---

[466] Resolución 211/2010, PS 439/2009, CITA denunciada por al U. Politécnica de Madrid por difusión de enlaces y vídeos externos en crítica por competencia desleal de algunos profesores.

[467] STJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial asunto C 73/07.

[468] El Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos automatizados de datos de carácter personal establece en su artículo 9. 2 b) como excepción a las garantías de los arts. 5,6 y 8 "la protección de los derechos y libertades de otras personas". De forma más expresa, la Directiva europea de protección de datos afirma las excepciones o restricciones al derecho a la protección de datos personales "necesarias para conciliar los derechos fundamentales de la persona con la libertad de expresión y, en particular, la libertad de recibir o comunicar informaciones" (Considerando 37º). Ya en concreto, el artículo 9 sobre "Tratamiento de datos personales y libertad de expresión" habla de exenciones y excepciones con "fines exclusivamente periodísticos" "sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión". Ya en el marco general de los límites a la protección de datos del artículo 13 de la Directiva, se trataría de una excepción a la protección de datos personales para la salvaguardia "de los derechos y libertades de otras personas" (art. 13. 1º g) Directiva).

[469] Apartados 85 y ss. de la STJCE.

social como fuentes accesibles (art. 3 f) LOPD), artículo 7. 1º e) RLOPD). Ello supone que datos personales difundidos por medios de comunicación "clásicos", pero no internet en general[470], pueden constituir una "materia prima" reutilizable para generar ficheros o tratar datos con finalidades legítimas sin consentimiento del afectado. La cuestión tiene una importancia relativa y secundaria respecto de la colisión libertades-protección de datos. La laguna legal al respecto se ha amortiguado interpretando el artículo 6. 1º LOPD[471]. Así, los tribunales[472] y la APD[473] señalan que:

"pese a la carencia de regulación específica, la mejor doctrina entiende que visto el contenido del Art. 6 de la LOPD, la expresión salvo que la Ley disponga otra cosa permite entender que no es necesario el consentimiento del afectado, cuando el Art. 20 de la CE permite el tratamiento. Lo que exigirá una ponderación del caso concreto y desde los principios de adecuación, pertinencia y congruencia recogidos en el Art. 4 de la LOPD."

De este modo, se trata del clásico conflicto de las libertades informativas con otros derechos[474]. Al no haber reglas específicas, el problema debe resolverse con los parámetros generales proyectados al ámbito de protección de datos y el medio de internet. Así, primero, se determina si ciertamente están en juego las libertades informativas, de un

---

[470] Así en Informe 0342/2008 del Gabinete Jurídico de la APD y expresamente en Resolución R/01033 en el Procedimiento Nº PS/00051/2008.

[471] El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa."

[472] Así en SAN de 12 de enero de 2001, Secc. 1ª, reiterada en SSAN de 2 de febrero y de 16 de marzo de 2006.

[473] Es muy frecuente apreciar estas referencias en resoluciones de Archivo de actuaciones de la APD, así archivo de Expediente Nº: E/00742/2007 (PP en Concello de O Pino; Expediente Nº: E/01022/2006 (caso Premsa D´Osona, S.A. (El 9 NOU); Expediente Nº: E/01504/2007 (caso Gaceta de Canarias); Expediente Nº: E/00500/2008 (caso Delegación de Gobierno de Canarias); Expediente Nº: E/00702/2007 (caso Don Balón S.A). También se incluye esta doctrina en la Resolución PS/00356/2008 en el recurso R/01606/2008 (Transportes Urbanos de Mérida) y en la Resolución R/01226/2007 Agrupación Independiente de Santovenia).

[474] Se sigue a continuación un extracto de" Pasos' específicos en los conflictos de libertades informativas" COTINO HUESO, L. : *Derecho constitucional II. Derechos fundamentales. Materiales docentes de innovación educativa*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, Col·leció Laboratori de Materials, 2007, 525 páginas.

http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_download/gid,1428/

Ahora en http://ocw.uv.es/ciencias-sociales-y-juridicas/1-5/Course_listing

ISBN 978-84-694-0081-4

lado, y la protección de datos, de otro[475]. Si es así, segundo: es clave determinar si lo informado o expresado es relevante, de "interés público", pues gozará de especial protección constitucional y rebajará la protección de datos. Y no sólo es relevante lo que publican los medios de comunicación clásicos. Criterios objetivos[476] y subjetivos[477] de relevancia pública deben ser explicitados en cualquier motivación. *Wikileaks* y su divulgación masiva de información de interés público no ha sido más que la expresión de este problema. Tercero: hay que tener en cuenta el "contexto" de la divulgación de datos personales t la naturaleza del medio y modo de comunicación en internet empleado, así como la finalidad, etc[478]. En cuarto lugar, cabe tener en cuenta que el interés público de la información sólo sobreprotege lo necesario: Como afirma el Tribunal Constitucional, no hay que desvelar innecesariamente aspectos de la vida privada o de la intimidad –o datos personales- que no resulten relevantes para la información, por mucho

---

[475] Aquí tendrá importancia la cuestión de si sólo el régimen de protección de datos se da cuando se trate de "ficheros" (como una web, un mail, etc. según considera la APD); o datos personales (por ejemplo, no de profesionales si no son personales, como sucede en caso de empresarios). Asimismo, si los datos están correctamente anonimizados, no habrá afección al derecho.

[476] Determinados elementos permiten considerar que sí existe objetivamente dicho interés público y en qué intensidad en razón de criterios como si se trate de: el ejercicio del poder público, actuaciones judiciales, hechos relativos a la posible comisión de delitos, faltas, sanciones administrativas, otros ilícito; cuestiones en relación con derechos fundamentales así como con principios rectores (sanidad, vivienda, infancia, medio ambiente, etc.). Asimismo, el paso del tiempo aminora el interés público de la información.

[477] Y desde el punto de vista subjetivo, no del emisor de la información, la relevancia o interés público se da en razón de su carácter y naturaleza jurídica general y particular con relación a la información de que se trate, con elementos circunstanciales como si es un personaje público, en particular, cargo público, tipo de cargo. Esta relativa desprotección del cargo público lo es siempre con relación al ejercicio de su actividad pública, no a su vida privada que no afecta a aquélla. La consideración de público de un personaje, obviamente es gradual y contextuada a ámbitos geográficos, sectoriales, etc.

[478] 1) Elementos de tipo histórico, político, sindical, laboral, económico, social, etc. que pueden condicionar el significado y voluntad del mensaje; 2) la forma y medio empleados por cuanto su inmediatez, difusión, posibilidad de respuesta, etc.; 3) la finalidad e intencionalidad del mensaje enjuiciado o factores como si se trataba de una respuesta a un mensaje anterior en sentido contrario, por ejemplo, en el marco de una polémica. 4), la actitud del medio de comunicación puede expresar una voluntad positiva: ejemplo, la rápida rectificación de noticias, el bloqueo del acceso a la información, la variación de lo expresado posteriormente, antes o después de la demanda o denuncia; 5) la posibilidad misma de haberse defendido respecto de lo informado y expresado puede ser tenida en cuenta. 6) También es importante la actitud que haya tenido el personaje público respecto de su vida privada, puesto que puede producirse un voluntario "corrimiento del velo" y, por tanto, rebaja en la protección de estos derechos. En este caso, cabe tener en cuenta la denominada "Extimidad" (frente a la in-timidad) que acometen la mayoría de usuarios de redes sociales, etc. exponiendo públicamente sus datos personales.

ISBN 978-84-694-0081-4

interés público que tenga tal información[479]. Este criterio se proyecta, por ejemplo, en la necesaria anonimación general de las resoluciones judiciales[480], el uso de iniciales o nombres de pila, siempre que no permita, por el contexto, conocerse la identidad[481]. Ahora bien, lo cierto es que en muchos casos la identidad de la persona es parte esencial de la información que se pretende transmitir[482]. No se consideró así en la polémica sentencia 531/2009, de 18 de diciembre de 2009, Juzgado de lo Penal Nº 16 de Madrid, caso Cadena SER 1, que admitió el acceso a los datos sensibles (afiliación política) para elaborar o contrastar la información, pero no así su difusión[483]. La sentencia fue finalmente revocada por cuestiones formales que no vienen al caso. Cabe seguir el principio de proporcionalidad y pertinencia: "¿Los datos son idóneos y estrictamente necesarios para

---

[479] Así suele afirmarse con relación a las víctimas de delitos (STC 185/2002, de 14 de octubre FJ 4º; 127/2003, de 30 de junio, FJ 9º.

[480] Así, destaca por ejemplo el Acuerdo de 18 de junio de 1997 del Consejo General del Poder Judicial , por el que se modifica el Reglamento número 5/1995, de 7 de junio, regulador de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, como apartado 3 del nuevo artículo 5 bis del Reglamento, que "En el tratamiento y difusión de las resoluciones judiciales se procurará la supresión de los datos de identificación para asegurar en todo momento la protección del honor e intimidad personal y familiar".

La APD sancionó por primera vez por Resolución R/486/2004 de 13/09/2004, PS/126/2003 por publicación de sentencias por falta de consentimiento. Recientemente habiendo pasado a considerar recientemente la conducta más grave por posible afectación de datos sensibles (Resol. R/01135/2009).

[481] Así, cabe tener en cuenta el archivo R/00133/2005 en el procedimiento sancionador PS/00170/2004 sobre filtración a medio de comunicación por grupo municipal información de trabajadora del Ayuntamiento. O en la resolución R/00337/2009 (PS/00364/2008) en la que se sanciona a Asociación que difunde sentencia condenatoria de su interés sin anonimizar si bien un diario antes la había publicado con el nombre de pila y todos lo conocían. En la resolución R/01215/2009 se sanciona por no anonimizar una denuncia.

[482] Así, por ejemplo, la SAN de 4 de enero de 2008: "Carece de sentido, por tanto, informar sobre una querella criminal relativa a unos hechos surgidos con motivo de la actividad sindical, en el seno del propio sindicato, si no puede señalarse la persona contra la que se dirige para que los miembros del sindicato en la empresa puedan estar informados, conozcan y valoren, con todos los elementos de juicio a su disposición, de las contiendas originadas en el ejercicio de la actuación sindical o con motivo de ella, y la proyección sobre los actos posteriores de los afectados, que precisan de ese dato para su pleno entendimiento."

[483] En este sentido, cabe tener en cuenta la STS Sala 2ª de 18 de febrero de 1999 de condena a periodista por revelación de datos de SIDA de dos presos. Así se afirmó que el acceso a tales datos podría no ser punible "si, una vez conocidos los datos reservados que son imprescindibles para la confección de una noticia veraz, el profesional se abstiene de publicarlos en tanto no lo son para la presentación de la noticia."

ISBN 978-84-694-0081-4

alcanzar la finalidad [informativa]? Hay que evitar difundir datos que no resultan idóneos o necesarios."[484]

Sobre estos ejes ha de descansar la resolución de los conflictos que se planteen en sede jurisdiccional. O administrativa. Y es que por cuanto a la APD, antes de observar cómo hace estas ponderaciones, lo más preocupante es que las haga. No está nada claro constitucionalmente[485] que una Administración –aun independiente- pueda hacerlo. Además la cuestión es importante puesto que la difusión de datos personales puede costar al informador una sanción grave por no consentimiento del afectado: 60 mil euros, con "rebaja" de 600 a 6.000 euros). Pues bien, en la mayoría de los casos, la APD resuelve todos estos supuestos de ponderación con una plantilla casi idéntica en la que se introducen algunos datos y valoraciones del caso concreto[486]. Entre los "ganadores" de estas ponderaciones están

[484] Recomendación 1/2008 de la Agencia Catalana de Protección de Datos sobre la difusión de la información que contenga datos de carácter personal a través de Internet, pág. 22. Sobre al proporcionalidad ver págs. 7 y 9.

[485] Se dan algunas directrices en la STC 52/1995, de 23 febrero (FJ 4º, que sea una ley formal la que autorice al poder público y que la resolución sea motivada.). Por el contrario la STC 187/1999, de 25 octubre (caso "La máquina de la verdad"), hace dudar de cualquier control no judicial de contenidos (FJ 6º).

[486] He analizado hasta una veintena de resoluciones de la APD que siguen el esquema que a continuación se describe. Por ejemplo, ver Resolución: R/01033 en el Procedimiento Nº PS/00051/2008, en la que se denuncia la Asociación Sindical Alternativa Sindical de los Trabajadores de Banca y Empresas Auxiliares ha publicado en la página Web un documento con el título "Tu derecho a ser informado".

Se afirma la alegación del artículo 20. 1º a) y d) CE, se subraya la "posición preferente" de la libertad de expresión siempre que lo comunicado cuente con "relevancia pública" y sea veraz con diversas sentencias tipo. Sobre tal base, la clave reside por lo general en la valoración de la relevancia pública de lo informado en el caso concreto. Para esta valoración, se apunta a veces que "debemos atender a la naturaleza de la información que se facilita, la finalidad perseguida, el medio utilizado, el número de destinatarios posibles, la existencia de intereses generales en la obtención de ese tipo de información y su afectación al derecho a la intimidad en su manifestación de autodeterminación informativa" . No obstante, por lo general se da una decisión sin excesiva argumentación. Así, se afirma que sí hay interés público o, por el contrario, que la información sólo tiene interés "sectorial", "empresarial", "laboral", etc. pero no es de "interés general". Cuando se estima que no concurre tal interés público de la información suele mencionarse la SAN de 16 de febrero de 2007 sobre la concurrencia del derecho a la protección de datos personales y la libre expresión, recordándose que no es un derecho absoluto. Las resoluciones de este tipo suelen también incluir referencias a la clásica STC 292/2000 así como a las previsiones de la Directiva europea sobre este conflicto.

En el caso nada extraño de concurrencia de la libertad sindical, suele mencionarse, asimismo, la SAN de 25/01/2008, recurso 346/2006. En la misma se indica que para ponderar la posible colisión entre libertad sindical y protección de datos personales, hay que valorar las diferentes circunstancias y se tiene en cuenta si la difusión se hubiera limitado o no al ámbito laboral de la empresa (intranet, correo electrónico) o si se han difundido a terceros en una web, lo cual vulnera el derecho a la protección de datos personales .

ISBN 978-84-694-0081-4

cargos políticos que divulgan datos personales de forma justificada por el interés público[487]. Los supuestos en los que el denunciado es un medio de comunicación clásico, no parece dudarse del interés público de la difusión de datos personales[488]. Por el contrario, hay supuestos en los que si la difusión la hubiera realizado el medio de comunicación se hubiera considerado

---

[487] Así, la distribución de un "boletín informativo" por una agrupación municipal con cantidades percibidas por un cargo municipal y otros datos personales, sí que se ha considerado legitimada por la trascendencia pública local, además de ser fácilmente cognoscibles por figurar en un tablón público (Resolución: R/01226/2007, en el PS/00168/2007 Agrupación Independiente de Santovenia de Valdoncina) .

En el Archivo del Expediente Nº: E/01022/2006 se considera también legítima por ser de interés público local la difusión por el periódico comarcal El 9 Nou de reportaje en el que aparecía fotografía del afectado en el balcón de vivienda, apareciendo el teléfono en un cartel de "Se vende". El afectado había dado una rueda de prensa previamente detallando la polémica con su vivienda, justo encima del local en el cual se pretendía la instalación de la iglesia objeto de la controversia vecinal .

En la Resolución R/00880/2007 en el procedimiento sancionador PS/00134/2007 se admite el envío de información política sobre una asunto estimado de interés público local por un partido político y se afirma que no debe considerarse spam no deseado. La APD se apoya tanto en la veracidad e interés público local de la información cuanto del derecho de participación política (art. 23 CE) vinculado a partido político (art. 6 CE)

En el procedimiento de Declaración de Infracción de Administraciones Públicas AP/00007/2008, se considera que sí tiene interés público la opinión e información revelada de un expediente municipal por un cargo del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre en un artículo de opinión . Y en este caso ello parece bautizar el escape de información del Ayuntamiento, aunque tampoco se considera probado y la información era de general conocimiento en la zona.

Con cierto paralelismo, en la Resolución R/00133/2005 en el procedimiento sancionador PS/00170/2004 afirma la APD que "puede aceptarse la existencia de un interés público en los hechos recogidos en conjunto en el informe (demandas de trabajadores frente al Ayuntamiento de (.....) pero no puede aceptarse que, en el presente caso, exista un intereses público que justifique la vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos personales de un empleado de la Corporación que han sido conocidos en el ejercicio de atribuciones previstas en la legislación de Régimen Local".

En el Archivo del Expediente Nº: E/00742/2007 se aborda que en la revista publicada por el PP de O Pino se publica un artículo con la fotografía de la vivienda del denunciante y titulada "o candidato de PSOE debe 10000 euros o Concello", procediendo la información del Pleno municipal se afirma que los derechos del artículo 18 "ceden ante las libertades del artículo 20 de la Carta Magna".

[488] Ello sucede en el caso de Don Balón SA que publicó la demanda que el denunciante les había formulado, con todos sus datos. (archivo de Expediente Nº: E/00702/2007) .

En esta línea, en el Archivo E/01492/2008, la publicación en un Suplemento Dominical de las fichas de 13 estudiantes de la Universidad de Santiago en los años 60, de los que algunos han devenido algo famosos sí que se considera de interés público, simplemente porque "algunos de los cuales hoy tienen un papel destacado en la sociedad"

ISBN 978-84-694-0081-4

justificada [489]. Entre los perderores están los particulares, las asociaciones y los sindicatos, cuyas difusiones de datos no suelen legitimarse en razón del interés público. Así sucede respecto de la difusión de datos en foros[490] y en varios supuestos de información difundida por asociaciones no se considera que medie interés público[491]. Tampoco es habitual que se considere que existe suficiente interés público en –habituales- supuestos de difusión de datos personales por sindicatos[492].

---

[489] Así en la R/00337/2005 en el procedimiento sancionador PS/00194/2004, no se considera de interés público la revelación por el Club Deportivo de la Coruña de un contrato de un jugador con el que mediaba conflicto.

[490] No se consideró de interés público de archivo de expediente Nº: E/00466/2006 (caso inserción de denuncia en foro de Asociación independiente de la Guardia Civil). Tampoco comentario sobre un abogado emitido por un particular en un foro en la Resolución R/00598/2007 en el Procedimiento Nº: TD/00266/2007.

[491] Así, no se considera de interés público la publicación de una denuncia –con los datos del denunciado- en foro de discusión de la web de la Asociación Independiente de la Guardia Civil, si bien, se considera que caben los mecanismos de reacción a posteriori a través del ejercicio de derechos (Archivo en el Expediente Nº: E/00466/2006)

En la Resolución R/00337/2009 del PS/00364/2008, una Asociación difunde sentencia condenatoria de un empresario sin anonimizar; antes un diario había difundido anonimizando datos aunque no de manera suficiente . La APD considera que sólo hay interés sectorial que no es interés general .

Sorprende en cierto modo la consideración de que no tiene interés público –al menos local- la difusión de datos económicos de contratos dudosos del Ayuntamiento por una Asociación cultural en una Revista, siendo, además que procedían del Pleno del Ayuntamiento. Procedimiento nº.: PS/00133/2004 recurso de Reposición expediente sancionador PS/00133/2004. Además, la vía por la que la APD estima que hay fichero ilícito es porque la asociación mandó la información por mail a la imprenta, a diferencia de la misma difusión por el Boletín Informativo del PSOE de Torredonjimeno .

[492] Aunque se legitimó la difusión de datos en el supuesto resuelto en la SAN de 4 de enero de 2008. respecto de la información de la querella admitida –con datos del denunciado- por una Sección sindical en intranet por un sindicato. No obstante, en buena parte de los supuestos, la APD no considera de interés público la difusión de datos por sindicatos.

Así, no tiene interés público difundir un censo electoral sindical más allá del ámbito estrictamente laboral: en la Resolución R/00767/2008 en el PS/00505/2007 UGT-Comunidad Madrid, quien alegó libertades informativa así como derecho de participación del artículo 23 CE. En este caso, desafortunadamente la APD acude al mal argumento de que "UGT no es un medio de comunicación, sino un sindicato de los trabajadores y los datos personales de los trabajadores que publica en su página Web no son datos de interés general, no son opiniones, ni ideas ni pensamientos sino datos personales, que pertenecen al ámbito privado." Sin perjuicio de ello, luego argumenta mejor que se trata de un interés laboral sindical, no general .

También, en la Resolución: R/00735/2007 recaída en procedimiento sancionador PS/00277/2006 se considera que no tiene interés público información revelada en la web sindical denunciando influencias para la contratación en una empresa telefónica, revelando datos personales de trabajadores y sus relaciones familiares, información lograda a partir de

ISBN 978-84-694-0081-4

3. 2. Algunas pautas y garantías específicas a aplicar ante la difusión de datos en la red

Aunque no se regulen criterios específicos para el conflicto información- protección de datos, pueden afirmarse algunos. En este sentido, se ha dado una nueva lectura a la prohibición de censura y los derechos del afectado en la protección de datos. Así, desde 2006 la AEPD elabora interesante doctrina[493], pues supone que no cabe a priori obligar a establecer filtros a la información en internet en razón de la protección de datos: "requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en Internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación inconsentida de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa (lo que resulta constitucionalmente proscrito)"

De igual modo, es especialmente útil esta tesis respecto de ISPs y PSSIs que no son los autores directos de la información que contiene datos personales, puesto que la APD no les obliga a comprobar que se cuenta con

---

información a la que acceden los sindicatos . La APD considera que ni desde las libertades informativas ni la libertad sindical se puede legitimar tal tratamiento de datos.

En sentido semejante, en la Resolución R/00941/2007 en el procedimiento PS/00113/2007 no se admitió la difusión de datos de cuarenta y cinco profesores afectados por un determinado acuerdo sindical, obtenidos de una web pública bajo el título "Personal Interino que no mantiene la estabilidad. Curso 2004/2005". Uno de ellos no había consentido inequívocamente tal difusión y se estimó innecesaria la difusión de tales datos para la información laboral

En la Resolución: R/01610/2009 en el procedimiento sancionador PS/00044/2009 no se considera de interés público que legitime la difusión de datos de un antiguo trabajador a través de un blog por su empresa .

También, en la Resolución R/00386/2008 en el procedimiento sancionador PS/00382/2007 tampoco se considera de interés general la inclusión de nombre y apellidos, así como el número de carné profesional como agente de la autoridad de un Ayuntamiento por el sindicato FSP-UGT.

[493] La resolución de archivo de expediente Nº: E/00466/2006 (caso inserción de denuncia en foro de Asociación independiente de la Guardia Civil. No así antes, en el Archivo E/00469/2005, la APD no consideró un foro de internet como un fichero de datos al tiempo que por concurrir la libertad de expresión remitía cuestiones de esta índole a la jurisdicción. Luego se ha proyectado en dos supuestos relativos a un foro (expediente Nº: E/00466/2006 y Resolución R/00598/2007 en el Procedimiento Nº: TD/00266/2007, caso abogado molesto) y uno sobre un blog (TD/01164/2008 Resolución Nº.: R/01871/2008, caso críticas a un trabajador en un blog por la empresa Ecosmep) y se ha generalizado en los supuestos de casos de ejercicio de derechos ante buscadores como *Google* desde la Resolución en el procedimiento TD/00463/2007, R/01046/2007.

ISBN 978-84-694-0081-4

el consentimiento de los afectados. Ahora bien, respecto de los autores directos de la difusión de información, la difusión de datos personales podrá ser ilegítima, según los parámetros de la ponderación vistos.

Asimismo, con esta doctrina la APD afirma que los personajes no públicos no tienen que resignarse a ver sus datos en la red y pueden ejercer a posteriori[494] los derechos ARCO, cancelación, oposición o rectificacion, según se trate[495]. Ahora bien , de facto, cuando los datos de carácter personal se difunden por Internet es prácticamente imposible conocer quién puede haber realizado un tratamiento con ellos y, en consecuencia, los derechos del titular y, en especial, los de acceso y oposición se convierten en una auténtica utopía[496]. Es por ello que la APD apunte, sobretodo, hacia el buscador *Google* y sus efectos multiplicadores al dar visibilidad a los tratamientos de datos de terceros.

Entre otros criterios específicos, habría que añadir que aunque se considera que es un fichero de datos una web, un foro, blog o semejante modo de ejercicio de libertades informativas, no cabe exigir a priori el requisito de la notificación e inscripción registral del fichero (art. 26 LOPD; arts. 55 y ss. RLOPD). Tal obligación tendría "un indeseable efecto disuasor sobre el ejercicio de tales libertades", proscrito por nuestro Tribunal

---

[494] "Sin embargo, aunque cabe proclamar que ningún ciudadano que no goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a soportar que sus datos de carácter personal circulen por la Red sin poder reaccionar ni corregir la inclusión ilegítima de los mismos en un sistema de comunicación universal como Internet, para lo que siempre podrá solicitar al responsable del sitio Web de que se trate la cancelación de la información,[…] cabe insistir […] que el ciudadano que no esté obligado a someterse a la disciplina del ejercicio de las referidas libertades (por no resultar sus datos personales de interés público ni contribuir, en consecuencia, su conocimiento a forjar una opinión pública libre como pilar basilar del Estado democrático) debe gozar de mecanismos reactivos amparados en Derecho (como el derecho de cancelación de datos de carácter personal) que impidan el mantenimiento secular y universal en la Red de su información de carácter personal."

[495] A mi juicio, se tratará del derecho de cancelación cuando se considere que la difusión es ilegítima o el de oposición cuando se considere que las libertades amparan la difusión de información pero existen causas para evitar dicho tratamiento. También procederá el derecho de oposición cuando el origen de los datos sea legítimo (por ejemplo, a partir de una fuente accesible, como un medio de comunicación, un boletín) pero el tratamiento generado a partir de tales datos suponga un particular problema para el afectado (por ejemplo, el tratamiento realizado por el buscador Google). También podrá ejercerse el derecho de rectificación. De pretender rectificarse información de interés público aunará la naturaleza de ser contenido del artículo 18. 4º y 20 CE.

[496] ARENAS RAMIRO, M.: "El derecho a la protección…, cit. pág. 378.

ISBN 978-84-694-0081-4

Constitucional[497]. Por la misma vigencia directa de la libertad de expresión e información, no cabrá en tales casos informar al afectado del hecho de que ha sido incluido en un fichero (la *web*, el *blog*, el *muro*, etc.), pese a que lo exija el artículo 5. 4º y 5º LOPD. Ello sin perjuicio de las posibles acciones de tutela y otras acciones del afectado.

3. 3. Derecho al olvido en la red y hemerotecas digitales

Si la situación del afectado por la difusión de datos personales en la red es compleja de facto, la cuestión se complica jurídicamente cuando se trata de informaciones en su día publicadas por medios de comunicación a las que se accede merced a hemerotecas digitales, que, además, indexadas por buscadores. La AEPD[498] parece conceder inicialmente el interés público a todo lo que fuera publicado por un medio de comunicación clásico. Afirma que los medios debieran valorar si incluir la identidad de las personas afectadas, con el uso de abreviaturas, por ejemplo y que teniendo en cuenta los motores de búsqueda mediten si mantener permanentemente noticias que dejan de ser relevantes con el tiempo. Asimismo habla de la conveniencia de usar medidas que eviten la indexación y, por tanto, su divulgación indiscriminada. Sobre estas bases, se considera el paso del tiempo motivo legítimo para oponerse a que una noticia no relevante deje de aparecer del buscador, pero no que desaparezca de la hemeroteca digital.

A mi juicio, la hemeroteca no es un medio de comunicación en sí, sino un tratamiento a partir de tales datos que son fuentes accesibles. Por ello, la solución pasa por el ejercicio del derecho de oposición frente a quien realiza el tratamiento perjudicial al afectado, ya sea el buscador que indexa, ya sea la hemeroteca virtual. En este punto, el paso del tiempo y la situación particular del afectado podrá llevar a considerar que no se justifica el tratamiento que opera la hemeroteca, por lo que aún existiendo

---

[497]. SSTC 52/1983, fundamento jurídico 5º y 190/1996 [RTC 1996\190], fundamento jurídico 3º y STC 187/1999, de7 25 octubre, FJ 4º. STC 136/1999, ha destacado “la exigencia del empleo de una especial moderación en la represión de actividades relacionadas con este derecho”.

[498] Así, en la Resolución nº 1871/2008. Se reclama contra Google Spain, S.L. y Prisacom (web de *El País*) por no haber sido debidamente atendido su derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales, concluyendo, sin más argumentación sobre la información en sí, que “la publicación de la noticia por el Diario “*El País”* constituye un ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 20, apartados a) y d) de la Constitución Española.” También en la Resolución n 494/2009, respecto de Lycos y El País.

ISBN 978-84-694-0081-4

históricamente la noticia, ésta no tendrá porqué permanecer fácilmente accesible en su formato virtual o quedar indexada por Google, por ejemplo[499]. Esta posición es compatible con soluciones que pasan por el principio de proporcionalidad preventivo tanto por los periodistas, cuanto por los gestores de las hemerotecas virtuales y los buscadores. Primero la valoración de la necesidad de incluir datos personales por el medio de comunicación. Segundo, la elección de sistemas que reduzcan la visibilidad de la información y su indexación más allá de lo necesario. Tercero. Mecanismos automáticos de anonimización, especialmente sobre la base del paso del tiempo.

4. Para concluir. Posibles soluciones en manos del legislador

Se ha analizado el marco jurídico del emergente conflicto derecho a la protección de datos personales y libertades informativas. Se han señalado pautas generales y particulares de resolución. Ahora bien, para concluir me permito afirmar una convicción: la protección tanto de las libertades cuanto de la protección de datos en la red ha de venir de la mano del establecimiento de algunas reglas y garantías particulares a manos del legislador. Así, me permito señalar algunas de ellas:

-regulación expresa en la ley del conflicto libertades informativas-protección de datos.

-Afirmación expresa en la ley de que la información y expresión del ámbito de relevancia pública no es monopolio de los “medios de comunicación social”.

- Afirmación expresa en la ley de la resolución sobre la base del interés público de lo divulgado, la expresión de criterios como la naturaleza pública o privada del sujeto afectado, del ámbito y alcance real de la difusión de los datos en la red, de la naturaleza de los datos divulgados, del medio o modo de comunicación en la red y el contexto en el que se produce.

---

[499] No se comparte en parte el análisis de CARRILLO, Marc, “El derecho al olvido en Internet”, *El País*, viernes 23 de octubre de 2009.

Un reportaje de interés en “Quiero que internet se olvide de mí”, de Rosario G. Gómez en *El País*, 7.1.2011, págs. 24-25 Vida & Artes y accesible en http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Quiero/Internet/olvide/elpepisoc/20110107elpepisoc_1/Tes

ISBN 978-84-694-0081-4

- Afirmación expresa en la ley de la resolución sobre la base de la necesariedad y pertinencia de los datos publicados para informar y formar a la opinión pública.

- Afirmación expresa en la ley de la diligencia del informador, se trate o no de un profesional de la información. Tal diligencia será variable tanto en razón de la naturaleza del informador, como de la afectación al derecho a la protección de datos personales y otros derechos.

- Regulación más precisa de la posibilidad y garantías de indexación por buscadores generales y particulares de información que contiene datos personales procedente de medios de comunicación social, así como de las hemerotecas virtuales. Regulación más concreta de los requisitos para divulgar información con razón al paso del tiempo y soporte digital empleado y posibilidades de su etiquetación.

- Regulación concreta de los derechos ARCO y su ejercicio respecto de PSSI específicos, como Google y otros buscadores generalistas, redes sociales generalistas, *Youtube* y otros servidores de vídeo, proveedores generalistas de blogs y páginas web, etc.

- Regulación más concreta del deber jurídico de sujetarse a las exigencias de autoridades y normativa españolas para los PSSI generalistas.

- Regulación más concreta de la responsabilidad de los prestadores y el alcance de sus exenciones de responsabilidad.

La inacción ante el problema, que es la situación actual, sacrifica el ejercicio de las libertades informativas y la garantía de la protección de datos. Pese a que se trata de problemas a los que hacer frente, no son válidas excusas como la necesaria acción colectiva a nivel europeo, el cambio tecnológico, la incompetencia jurisdiccional por el fenómeno trasnacional, etc, Son excusas y la muestra no es otra que el hecho de que los problemas ya se dan y las resoluciones administrativas o judiciales también. Pese a tratarse de un terreno preciso de ponderación para cada caso concreto y de necesaria adaptación al contexto tecnológico y al uso social de las TICs, las medidas indicadas pueden dar fijeza y certidumbre. La provisionalidad es y será una constante en el ámbito de las TICs y siempre será mejor algo y rectificar si no es la vía correcta.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

IV. La protección de datos de carácter personal en los deberes de información y asistencia de la Administración tributaria tras la incorporación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación

Irene Rovira Ferrer

Profesora de Derecho Financiero y Tributario

Universitat Oberta de Catalunya

Resumen:

La Administración tributaria se encuentra normativamente obligada a prestar la necesaria información y asistencia a los obligados tributarios para el debido ejercicio de sus derechos y el cumplimiento correcto de sus deberes, lo cual deriva en la prestación de algunas actuaciones estrechamente vinculadas con datos de carácter personal. En este sentido, y tras la inclusión de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en dicho ámbito, los datos de carácter personal aquí implicados han visto aumentada la potencialidad nociva de sus amenazas, y ya no sólo por el perfeccionamiento de las labores existentes y por la aparición de nuevos recursos y servicios, sino también por la proyección que ofrecen tales medios y la revolucionaria gestión, transmisión y acceso a los mismos que posibilitan. Por ello, el estudio del estado actual de la protección de datos personales en tales casos contiene, cuanto menos, un justificado interés.

Palabras clave: *Administración tributaria, deber de información, deber de asistencia, Tecnologías de la Información y la Comunicación, protección de datos de carácter personal*.

ISBN 978-84-694-0081-4

1. Introducción

Tal y como establece el artículo 85.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT), "la Administración deberá prestar a los obligados tributarios la necesaria información y asistencia acerca de sus derechos y obligaciones"; lo que contempla, a su vez, el artículo 34.1.*a)* de la misma en forma de derecho de los destinatarios (cada obligado tributario tendrá el "derecho a ser informado y asistido por la Administración tributaria sobre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones tributarias").

Asimismo, con el fin de desarrollar tal extremo, el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (en adelante RGIT), ha dedicado su sección I del Capítulo II del Título III a la "Información y asistencia a los obligados tributarios", la cual encabeza el artículo 62 señalando que "la Administración tributaria promoverá y facilitará a los obligados tributarios el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos, poniendo a su disposición servicios de información y asistencia tributaria".

Por su parte, el artículo 96 de la LGT establece que "la Administración tributaria promoverá la utilización de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos necesarios para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que la Constitución y las Leyes establezcan", del mismo modo que recalca que, "cuando sea compatible con los medios técnicos de que disponga la Administración tributaria, los ciudadanos podrán relacionarse con ella para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento".

Consecuentemente, la normativa prevé de forma clara que tanto la Administración como los obligados tributarios podrán servirse de las ventajas inherentes en la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante TIC) para prestar y recibir, respectivamente, la información y la asistencia debida (concretamente, aquella necesaria para facilitar la correcta actuación de estos últimos), cuyo objeto engloba, en gran medida, datos de carácter personal.

ISBN 978-84-694-0081-4

Así pues, teniendo en cuenta el incremento de la potencialidad nociva de las amenazas a las que se enfrentan dichos datos a causa de la incorporación de las TIC, procede entrar a valorar si los fundamentos que sustentan su especial protección pueden operar como límites al cumplimiento de los deberes aquí estudiados, es decir, si la salvaguarda de los bienes jurídicos que se persigue en tales supuestos (especialmente de los derechos constitucionales a la intimidad y a la privacidad) puede llegar a impedir o, cuanto menos, restringir el derecho de los obligados tributarios a la obtención de información y asistencia.

2. Los deberes de información y asistencia de la Administración tributaria

Como ya se ha apuntado, la LGT obliga a la Administración tributaria a prestar la necesaria información y asistencia a los obligados tributarios acerca de sus derechos y obligaciones, lo que procura concretar en su artículo 85.2 al prever que, entre otras, dicha actividad se instrumentará a través de las siguientes actuaciones: la publicación de textos actualizados de las normas tributarias y de la doctrina administrativa de mayor trascendencia, el envío de comunicaciones, la prestación de actuaciones de información efectuadas por los servicios destinados a tal efecto en los órganos de la Administración tributaria, la contestación a consultas escritas, la realización de actuaciones previas de valoración, y la asistencia a los obligados en la realización de declaraciones, autoliquidaciones y comunicaciones tributarias.

Por su parte, además de desarrollar y clasificar dichas actuaciones en función del deber al que pertenecen, los artículos 63 a 78 del RD 1065/2007 añaden como parte del deber de información la contestación a las solicitudes de información presentadas por los obligados tributarios, así como la información con carácter previo a la adquisición o transmisión de bienes inmuebles y la emisión de certificados tributarios. De igual modo, en relación con el deber de asistencia, incluyen la elaboración de declaraciones, autoliquidaciones o comunicaciones de datos por parte de la Administración tributaria, de la misma forma que añaden la confección de borradores de declaración y la puesta a disposición de los programas informáticos de ayuda para el cumplimiento de obligaciones tributarias.

Evidentemente, tanto la enumeración de actuaciones que realiza la LGT como la que aborda el RD 1065/2007 no son de carácter excluyente, y

ISBN 978-84-694-0081-4

es que, teniendo en cuenta la amplitud de la finalidad que fundamenta los deberes de información y asistencia y los nuevos y cambiantes recursos que ofrecen las TIC, el legislador ha decidido configurar su contenido de forma abierta. Consecuentemente, parece que cualquier actuación prestada o relacionada con la Administración tributaria que pueda contribuir a facilitar la actuación de los obligados tributarios en el ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones podrá ser considerada como parte de los mismos, de modo que, además de las labores expresamente señaladas que guardan relación directa con los datos de carácter personal, pueden aparecer otras prestaciones susceptibles de plantear conflictos de la misma índole (especialmente tas la incorporación de los nuevos medios y técnicas).

De todos modos, antes de entrar a señalar estas concretas actuaciones, debe destacarse que, si bien el artículo 6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante LAECSP) reconoce implícitamente la obligación administrativa de tecnificación[500], la incorporación de las TIC en el ámbito tributario sigue siendo de carácter voluntario, ya que prevalece la aplicación del mencionado artículo 96 de la LGT con base en su carácter especial. No obstante, bien es cierto que la labor realizada por nuestra Administración tributaria al respecto justifica sobradamente el estudio aquí planteado, y es que, sin ir más lejos, su adaptación a las TIC se ha convertido en todo un referente internacional[501].

Así pues, realizadas todas estas consideraciones, puede finalmente concretarse que las labores que pueden considerarse de información y asistencia directamente relacionadas con datos de carácter personal (y, por

---

[500] En este sentido, el mencionado artículo 6.1 de la LAECSP establece que "se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos".

[501] A modo de ejemplo, así lo demuestran los múltiples premios nacionales e internacionales con los que ha sido galardonada, como el Premio a la Excelencia en las Tecnologías de la Información (2000), el Premio e-Goverment Good Practice otorgado por la Comisión Europea (2001), el Premio a la Calidad en la Administración General del Estado (2001), el Premio a la Calidad en la Administración General del Estado (2002), el Premio a la Calidad y a las Mejores Prácticas en la Administración General del Estado (2003), el Premio a la Colaboración y servicios públicos electrónicos entre Administraciones Públicas (2003), el Premio e-Europe for e-Goverment otorgado por la Comisión Europea (2003) o el Premio Computer World Honors en Laureate 2004 -Category: Finance, Insurance & Real State.

ISBN 978-84-694-0081-4

consiguiente, susceptibles de plantear conflictos al respecto) son las siguientes: la publicación de las contestaciones a consultas tributarias escritas y la de las resoluciones económico-administrativas de mayor trascendencia y repercusión, la publicación de información arancelaria vinculante en relación con la clasificación de mercancías en la nomenclatura específica y de información vinculante en materia de origen que realizan las autoridades aduaneras, la emisión de certificados tributarios, el suministro de información catastral, la transmisión electrónica del contenido de los certificados tributarios que realizada por la AEAT a las demás Administraciones públicas, el envío de datos fiscales en poder de la Administración tributaria, el envío de los borradores de declaración, y, por último, la puesta a disposición del registro electrónico de apoderamientos, sucesiones y representaciones legales de incapacitados[502].

3. La protección de datos de carácter personal en la Administración Tributaria

Evidentemente, para poder valorar los posibles conflictos surgidos en los casos aquí planteados, debe apuntarse previamente la regulación de la protección de los datos de carácter personal que impera en el ámbito tributario, la cual viene esencialmente establecida en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (cuyo objeto es el de “garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar” -artículo 1-).

Al respecto, y de conformidad con su artículo 2, su aplicación afecta a todos los datos de carácter personal registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, así como a todas las modalidades de su uso posteriores tanto por parte del sector público como del privado (entendiendo por tales datos cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables). Así pues, tras dejar de supeditar la protección de dichos datos a los que estuvieran contenidos en ficheros automatizados (limitación impuesta por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de

[502] Puede verse un análisis detallado de la justificación de la inclusión de cada una de dichas actuaciones en ROVIRA FERRER, I.: *Los deberes de información y asistencia de la Administración tributaria: análisis jurídico y estudio del impacto de las TIC*, tesis inédita, 2010.

ISBN 978-84-694-0081-4

octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal), parece que cualquier información contenida en los bases de datos de la Administración tributaria queda incluida en el ámbito jurídico de la nueva Ley.

Sin embargo, sus previsiones deben aplicarse junto a las del Convenio Europeo para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, de 28 de enero de 1981, cuya ratificación por parte de España se realizó mediante el Instrumento de 27 de enero1984. En él, se configura el derecho a la protección de datos como un conjunto de facultades destinadas a que los ciudadanos puedan desplegar un seguimiento sobre la información relativa a su persona, las cuales se han dado a conocer con el nombre de *habeas data*. Este cauce procedimental para el ejercicio del derecho se integra principalmente por cinco posibilidades reconocidas a su titular: la de conocer los datos que le afectan y obran en poder de terceros (sean o no Administraciones públicas), la de presentar las oposiciones que sean pertinentes, la de instar las correspondientes modificaciones y la de solicitar su cancelación en caso de ser falsos o erróneos.

A su vez, con base en dichas facultades, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han reconocido un nuevo derecho a la "autodeterminación informativa", el cual ha sido admitido por nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) como un derecho fundamental de tercera generación. En este sentido, como consta en la STC 234/1993, de 20 de julio, el TC ha señalado que el derecho a "la autodeterminación informativa" o a la "libertad informática" se encuentra contemplado en el artículo 18.4 de la Constitución, otorgando a su titular la posibilidad de decidir qué datos de los que le son propios pueden ser conocidos por terceros y la de elegir el cuándo y para qué. Asimismo, ha establecido que su fundamento se encuentra en el libre desarrollo de la personalidad, concretando además que, entre otros supuestos, su menoscabo se producirá por la mera generación de una determinada imagen (real o falsa) derivada de la interconexión y combinación de datos almacenados informáticamente no querida de su titular.

No obstante, el conjunto de facultades que integra su contenido (el *habeas data*) se predica respecto de cualquier dato de carácter personal con independencia de si el soporte físico en el que se encuentra es de carácter informático, lo que constituye un verdadero derecho fundamental susceptible de ser tutelado a través del recurso de amparo. Así, como concluye ORTIZ,

ISBN 978-84-694-0081-4

la protección de tales datos consiste, en definitiva, en el "derecho del particular a controlar, conociendo, corrigiendo, quitando o agregando, los datos personales organizados en soportes físicos y que sean susceptibles de aplicarles cualquier tipo de tratamiento", cuyas limitaciones deberán estar constitucionalmente justificadas, legalmente previstas y reducidas al mínimo indispensable para lograr el objetivo previsto[503].

Por lo que se refiere a su regulación, el Título II de la mencionada Ley Orgánica 15/1999 (en adelante LOPDCP) fija una serie de principios que deberán ser respetar en todo caso, señalando, en primer lugar, el principio de calidad de los datos (artículo 4). Su consagración exige que las informaciones que se recojan, además de tener que ser adecuadas, pertinentes y no excesivas a la finalidad para la que se obtienen, deberán ser exactas, completas, veraces y puestas al día, de la misma forma que recalca que su almacenamiento deberá permitir el acceso por parte del titular y que no podrán ser utilizadas para fines incompatibles con el que justificó su captación[504].

Por su parte, los artículos 5 y 6 contemplan la necesidad de comunicar la recogida de los datos a sus titulares y de que éstos presten su consentimiento, informándoles, de forma expresa, precisa e inequívoca, de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos, de los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de la respuesta a las preguntas que se les planteen, de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Salvo que ya hubieran sido informados de su procedencia y del contenido de su tratamiento con anterioridad de la recogida de los datos, dicha comunicación y la prestación del consentimiento expreso deberán incluso realizarse cuando

---

[503] ORTIZ LIÑÁN, J.: *Derechos y garantías del contribuyente ante la utilización por la Hacienda pública de sus datos personales*, Comares, Granada, 2003, pág. 136.

[504] En relación con esta última previsión, procede destacar que la doctrina la ha criticado reiteradamente considerando que responde a una mala trasposición del artículo 6 la Directiva 95/45/CE, ya que, como señalan LÓPEZ Y ORTÍZ, lo que establece el mencionado precepto europeo es que los datos recogidos no podrán ser tratados de "manera incompatible" con los fines que justifican su obtención, lo que implica que no podrán utilizarse para fines diferentes y no únicamente con los incompatibles. (LÓPEZ MATRÍNEZ, J. y ORTÍZ LIÑAN, J.: *La Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal y la Hacienda Pública*, RIF, nº 39, 2000, pág. 59).

ISBN 978-84-694-0081-4

los datos se recaben de un tercero, debiendo tener lugar, en todo caso, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro.

De todos modos, el propio artículo 5 establece una serie de excepciones a este deber de informar (en concreto, cuando una ley lo prevea, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos, o cuando, a criterio de la Agencia Española de Protección de Datos o del organismo autonómico equivalente, la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias), de la misma forma que los artículo 6 y 11 las contemplan en relación con la necesidad del consentimiento del titular (como ocurre en los supuestos donde se establezca legalmente o cuando los datos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias)[505].

Siguiendo con las facultades del *habeas data*, y sin entrar a valorar el régimen excepcional de los datos especialmente protegidos (artículo 7 y 8), el derecho de acceso se encuentra contemplado en el artículo 15, el cual lo define como la posibilidad de los titulares de solicitar y obtener gratuitamente información sobre sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, sobre su origen y sobre las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos. La consulta de los datos en sí podrá realizarse mediante su simple visualización o a través de su indicación en un escrito, copia, telecopia o fotocopia (ya sea certificada o no), siempre y cuando sea en forma legible e inteligible y sin contener claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos. Sin embargo, debe destacarse que el apartado 3 limita el ejercicio de este derecho, señalando que sólo se podrá materializar en intervalos no inferiores a doce meses (salvo, evidentemente, que el interesado acredite un interés legítimo al efecto).

En relación con los derechos de rectificación y cancelación, el artículo 16 señala que el responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacerlos efectivos en el plazo de diez días desde la recepción de la solicitud al respecto, procediendo la rectificación o cancelación de aquellos datos que resulten inexactos o incompletos o cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la LODCP. Asimismo, le obliga a notificar la rectificación o

[505] En el mismo sentido, véase el artículo 94.5 de la LGT, donde se establece que la cesión de datos de carácter personal a la Administración tributaria (ya sea por los propios titulares o por terceros autorizados) no requerirá el consentimiento del afectado.

ISBN 978-84-694-0081-4

cancelación efectuada al titular, de modo que pueda seguir ejerciendo su derecho a la cancelación si simplemente se han modificado.

En el caso de que se cancelen, se procederá a su bloqueo y supresión inmediatos, quedando únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales a los efectos de poder derivar las diferentes responsabilidades que pudieran proceder. Consecuentemente, sólo podrán acceder a su consulta durante los plazos de prescripción de dichas responsabilidades, aunque deberán conservarse durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, de existir, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado. El artículo 17 cierra las previsiones al respecto apuntando que los procedimientos para ejercer estos derechos y el de acceso serán los que reglamentariamente se determinen, aunque prohíbe en todo caso la exigencia de cualquier tipo de contraprestación.

Por último, debe destacarse el Capítulo I del Título VI dedicado a la regulación de los ficheros automatizados de titularidad pública, si bien debe tenerse en cuenta que el procedimiento para ejercer los derechos de acceso, rectificación y cancelación en los ficheros automatizados de los que sea responsable la Administración tributaria se encuentra establecido en la Instrucción 6/2000, de 6 de diciembre, del Director General de la AEAT. Asimismo, y de conformidad con el artículo 20 de la LOPDCP, téngase presente que la creación, modificación o supresión de cada uno de los ficheros de las Administraciones públicas deberá hacerse por medio de una disposición general publicada en el Boletín Oficial del Estado o Diario oficial correspondiente, por lo que deberá acudirse a cada disposición específica para conocer sus diferentes características.

No obstante, el artículo 21.1 de la LOPDCP establece con carácter general que los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públicas en el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o que versen sobre materias distintas, salvo que la comunicación tenga por objeto su tratamiento posterior con fines históricos, estadísticos o científicos o que así se establezca por ley[506]. Del mismo modo,

[506] En relación con este último supuesto, debe señalarse que el texto original del artículo contemplaba como excepción que “la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso”, si bien la STC 292/2000, de 30 de noviembre, lo declaró nulo por resultar contrario a la Constitución.

ISBN 978-84-694-0081-4

igual que ocurre en la exigencia del consentimiento de los titulares, el artículo 23.2 prevé que los responsables de los ficheros de la Hacienda Pública podrán denegar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación cuando se obstaculicen las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, así como en los supuestos en los que los afectados sean objeto de alguna actuación de inspección. Asimismo, se podrá impedir cuando los datos en cuestión sean susceptibles de generar algún tipo de peligro, ya sea en relación con la defensa y la seguridad del Estado, con la protección de los derechos y libertades de terceros o con las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

Por último, téngase presente que, de conformidad con los artículos 18 y 19 de la LOPDCP, las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la propia Ley podrán ser objeto de reclamación por parte de los interesados ante la Agencia Española de Protección de Datos o en el organismo autonómico equivalente, los cuales deberán asegurar la procedencia o improcedencia de la reclamación dictando una resolución expresa en el plazo de seis meses. Contra la mencionada resolución, los interesados que lo deseen podrán interponer un recurso contencioso-administrativo, de la misma forma que podrán ejercer paralelamente su derecho a ser indemnizados por los daños o lesiones que hayan podido sufrir en sus bienes o derechos (ya sea a través del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas -en los casos de ficheros titularidad de las mismas- o de la jurisdicción ordinaria -si se trata de ficheros de titularidad privada-)[507].

4. Conexión de la protección de los datos de carácter personal con los deberes de información y asistencia

Así pues, una vez vistas las principales previsiones sobre la normativa de protección de los datos personales, procede entrar a analizar su relación con las actuaciones de los deberes de información y asistencia señaladas, empezando por destacar la colisión que se plantea con la publicación de las

[507] Para un mayor desarrollo de la regulación de la protección de los datos personales, véase, entre otros, APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal,* Aranzadi, Pamplona, 2002; GONZÁLEZ MENDEX, A.: *La protección de datos tributarios y su marco constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; y VALERO TORRIJOS, J. y LÓPEZ PELLICER, J. A.: *Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de los datos personales en la actividad administrativa*, RVAP, nº 59, 2001.

ISBN 978-84-694-0081-4

contestaciones a consultas tributarias escritas y la de las resoluciones económico-administrativas de mayor trascendencia y repercusión.

En este sentido, resulta evidente que los contenidos de estas actuaciones comprenden informaciones de carácter privado que, como se ha visto, deben gozar de confidencialidad, por lo que, a pesar de que no se establezca expresamente, parece que deberían aplicarse por analogía las previsiones del artículo 87.2 de la LGT en relación con el suministro de ambos textos a petición de los interesados (la tercera de las actuaciones relacionadas). Así, también en tales casos debería exigirse la eliminación de cualquier tipo de dato personal que permitiera la identificación de las personas a las que afectan los textos difundidos, si bien resulta complicado encontrar el equilibrio entre la mencionada exigencia y la obligación de suministrar la integridad de su contenido que impone el mismo artículo (problemática que también tiene lugar en las publicaciones que realizan las autoridades aduaneras acerca de la información arancelaria vinculante en relación con la clasificación de mercancías en la nomenclatura específica y de la información vinculante en materia de origen).

Asimismo, como pone de manifiesto Ramallo, cuando los datos que aportan los interesados a la hora de solicitar el texto de determinadas consultas o resoluciones son precisamente los personales del obligado tributario afectado, la protección del anonimato resultará del todo imposible, y es que los datos de identidad del sujeto en cuestión ya habrán aparecido. Sin embargo, "si, amparándose en que de los textos solicitados se obtendría información más pormenorizada de la situación del contribuyente al que afectaba y para el que se produjo la contestación o la resolución, se deniega la información, la medida puede ser absolutamente inoperante"[508], por lo que parece que la solución ideal sería la puesta a disposición de todas las contestaciones a consultas y resoluciones económico-administrativas en una base de datos informatizada. En tales supuestos, como apunta Álvarez, la objetividad de los diferentes contenidos quedaría garantizada "por la generalidad de resoluciones recogidas y la dificultad de descubrir más datos que los puramente jurídicos"[509], si bien es cierto que deberían acompañarse

---

[508] RAMALLO MASSANET, J: *Comentarios a los artículos 5 a 9*, en "Estatuto del contribuyente. Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes", Francis Lefebvre, Madrid, 1998, pág. 52.

[509] ÁLVAREZ ARROYO, F.: *Información general y asistencia al contribuyente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias*, en "Derechos y garantías del contribuyente (Estudio de la nueva Ley)", Lex Nova, Madrid, 1998, pág. 136.

ISBN 978-84-694-0081-4

de los correspondientes buscadores para facilitar la obtención de la información relevante.

De hecho, esta opción ya ha sido puesta en marcha por parte de la Administración tributaria, aunque en el caso de las resoluciones económico-administrativas únicamente se recogen las del TEAC. En cualquier caso, no está de más recordar en este punto la necesidad de actualizar continuamente su contenido, y es que, en tanto su finalidad es la difusión de información para facilitar la actuación de los obligados tributarios (ya sea el cumplimiento de sus obligaciones o el ejercicio de sus derechos), su revisión permanentemente es una *conditio sine qua non*[510].

La siguiente actuación del deber de información que guarda relación con los datos de carácter personal es la emisión de certificados tributarios, pues consisten en un documento expedido por la Administración tributaria que acredita hechos relativos a la situación tributaria de los ciudadanos (artículos 70.1 y 71.1 del RD 1065/2007). Así, dicha posibilidad es una clara manifestación del derecho de acceso a los datos de carácter personal, del mismo modo que, en tanto el titular puede manifestar su disconformidad y solicitar los cambios oportunos (artículo 73.4), actúa como instrumento del deber de modificación. Lo mismo ocurre con el suministro de información catastral, si bien en estos casos lo que se permite es la consulta y, si es el caso, las correspondientes modificaciones pero no el envío de los datos.

En relación con el deber de asistencia, la primera actuación vinculada con los datos personales es la transmisión electrónica del contenido de los certificados tributarios que realiza la AEAT a las demás Administraciones públicas, cuya finalidad no es otra que la de evitar su aportación por parte de los titulares. Así, y aunque el artículo 95.1 de la LGT recuerda que “los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan”, el

[510] Al respecto, PÉREZ añade que las bases de datos automatizadas de carácter jurídico deben “garantizar la calidad de las informaciones almacenadas, es decir, su veracidad, objetividad, pertinencia, exhaustividad y actualización; y, al propio tiempo, su seguridad, para evitar la destrucción, cancelación no autorizada, la pérdida o la manipulación de las mismas. Estas garantías, comunes al funcionamiento de cualquier banco de datos, asumen especial trascendencia para la seguridad jurídica por el efecto multiplicador que, para bien o para mal, se deriva de las proyecciones de las nuevas tecnologías”. (PÉREZ LUÑO, A. E.: *La seguridad jurídica: una garantía de Derecho y la justicia*, Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, nº 15, 2000, pág. 37).

apartado 2 contempla una serie de supuestos excepcionales en los que podrán ser cedidos o comunicados a determinados órganos e instituciones públicas para el ejercicio de sus funciones, entre los cuales el apartado *k)* prevé la transmisión a “las Administraciones públicas para el desarrollo de sus funciones, previa autorización de los obligados tributarios a que se refieran los datos suministrados”. En tales casos, donde se utilizarán preferentemente los medios informáticos o telemáticos, la Administración tributaria deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información tributaria, de la misma forma que será la responsable de velar por su correcta utilización.

Partiendo de tales previsiones, y de conformidad con la regulación de las comunicaciones entre Administraciones del artículo 21 de la LOPDCP, el artículo 71.3 del RD 1065/2007 ha otorgado carácter preceptivo a dichas transmisiones en un supuesto concreto, y es que, como se apuntaba, cuando sea necesaria la obtención de un certificado tributario de la AEAT para la tramitación de un procedimiento o actuación administrativa, “la Administración pública que lo requiera deberá solicitarlo directamente y hará constar la Ley que habilita a efectuar dicha solicitud o que cuenta con el previo consentimiento del obligado tributario”. Consecuentemente, la Administración pública solicitante no podrá exigir la aportación del certificado al obligado tributario y la AEAT denegará su expedición cuando tenga constancia de que ya ha sido remitido a la correspondiente Administración, lo que, a pesar de que podría parecer una vulneración del derecho de acceso a los datos personales, se encuentra justificado con base en la eficacia de la actividad administrativa (es decir, por la finalidad de evitar duplicaciones de actuaciones).

Otro de los supuestos de asistencia directamente relacionado con los datos de carácter personal es el envío de datos fiscales en poder de la Administración tributaria, pues, igual que el envío de los borradores de declaración, constituye otra manifestación de los derechos de acceso y, en su caso, modificación y cancelación contemplados en los artículos 15 y 16 de la LOPDCP.

Finalmente, la última de las actuaciones que guarda relación directa con los mismos es la puesta a disposición del registro electrónico de apoderamientos, sucesiones y representaciones legales de incapacitados, el cual, en virtud del artículo 20 de la LOPDCP y de la Disposición adicional única de la Orden de 16 de octubre de 2002 (donde se autoriza al Director de

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

la AEAT a crear, modificar o suprimir los ficheros titularidad de la misma), se encuentra regulado por la Resolución, de 18 de enero de 2005. Al respecto, simplemente debe destacarse que la mencionada Resolución contempla todas las previsiones relativas a la protección de los datos mencionadas, exigiendo el consentimiento expreso de sus titulares (salvo que lo impida su grado de incapacidad) y el de los apoderados para su tratamiento automatizado (siempre que se deje a salvo "el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación establecidos en la citada Ley Orgánica 15/1999"). Así pues, y aunque los datos personales constituyan el objeto de la mencionada actuación, no se plantea ningún conflicto en relación con su protección.

Para acabar, procede recordar que, de conformidad con el artículo 4 de la LOPDCP, los datos de carácter personal sólo pueden recogerse con fines determinados, explícitos y legítimos, lo que, en opinión de Valero, se reconduce al ejercicio de las competencias asignadas en el caso de las Administraciones públicas. Por ello, "no parece que el ejercicio competencial propio de las Administraciones Públicas justifique que se puedan registrar para finalidades lícitas los datos relativos a las actuaciones llevadas a cabo por los ciudadanos en un portal de servicios administrativos telemáticos, a menos que tales datos se disocien de su titular"[511]. En consecuencia, las actuaciones de información o asistencia que los ciudadanos realicen a través de Internet y que carezcan de total relevancia para el ejercicio de la actividad administrativa (como puede ser la descarga de programas de ayuda o las consultas de información), no podrán requerir la identificación de los usuarios ni registrar ningún tipo de dato personal, a no ser, obviamente, que su realización exija la utilización de un certificado electrónico.

5. Conclusiones

Ciertamente, la aparición de las nuevas tecnologías ha multiplicado el riesgo de las amenazas a las que se enfrenta la protección de los datos de carácter personal, y es que las múltiples ventajas inherentes en su utilización han permitido una revolucionaria gestión de la información y un acceso a la misma sin precedentes.

---

[511] VALERO TORRIJOS, J.: *Protección de datos personales y Administración electrónica*. Agència Catalana de Protecció de Dades (artículo en línea), 2006, pág. 4. Disponible en: http://www.apd.cat/media/240.pdf . (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

Como es lógico, uno de los ámbitos que más se ha visto influenciado por tales cambios ha sido el de los deberes de información y asistencia de la Administración tributaria, donde no sólo se han perfeccionado muchas de las prestaciones ya existentes de los mismos, sino que han aparecido nuevas labores, recursos y servicios. Gran parte de estas transformaciones ha sido debida a los grandes beneficios derivados de la intercomunicación administrativa que posibilita las TIC, así como al acceso autónomo y permanente que ofrece a los ciudadanos. En consecuencia, la potencialidad nociva de las posibles vulneraciones a los datos de carácter personal que contienen dichas actuaciones se ha visto, en gran medida, incrementada, si bien es cierto que las prestaciones donde aparecen tales datos son de carácter minoritario (ya que la mayoría se dirigen a la difusión, interpretación o aplicación de la normativa).

No obstante, tras el estudio de tales casos, puede afirmarse que la relación que existe entre algunas de dichas actuaciones y los datos de carácter personal no siempre será susceptible de ser concebida como una amenaza, sino que, contrariamente, las TIC han permitido que algunos de estos casos sean una clara manifestación de los derechos derivados de la protección de estos últimos (como el derecho de acceso) y una forma de facilitar el ejercicio de los mismos (como pasa en relación con el derecho de modificación o cancelación).

Además, como ocurre en la publicación de las resoluciones de mayor trascendencia y repercusión, las TIC incluso han logrado el alcance de la protección debida de estos datos (dado que las bases de datos informatizadas son la única forma de garantizar el anonimato exigido en tales supuestos), de la misma forma que no debe olvidarse el aumento de corrección, actualización y seguridad de la información que se deriva de la gran capacidad y proyección de los nuevos medios y que no deja de redundar a su favor.

Así pues, la mayor vulnerabilidad de los datos personales en la prestación de la información y la asistencia actual ha tenido un efecto inverso al inicialmente (e intuitivamente) esperable, ya que, gracias a la correcta actuación administrativa, ha derivado precisamente en una mayor y mejor protección.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

SEXTO. PRIVACIDAD Y MENORES EN LAS REDES SOCIALES

ISBN 978-84-694-0081-4

En este sexto y último capítulo se incluyen siete estudios, a saber:

1. "¿Una red donde todos somos menores de edad? En torno al sorprendente papel de las Administraciones públicas como tutores y garantes de algunos derechos fundamentales en nuestra actividad en Internet", por Andrés Boix Palop.

2. "Capacidad efectiva del ejercicio y tutela de los derechos LOPD en las redes sociales", por Ramón Miralles López.

3. "Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet", por Esperanza Gómez Corona

4. "Intimidad y redes sociales ¿cómo alcanzar la tutela penal?", por Paz Lloria.

5. "La autorregulación europea de las redes sociales: análisis de las políticas de uso de la imagen de menores en España", por María de Miguel Molina y Juan Vicente Oltra Gutiérrez.

6. "La protección de los derechos de los menores ante las nuevas tecnologías. Internet y redes sociales", por Ana Aba Catoira.

ISBN 978-84-694-0081-4

I.¿Una red donde todos somos menores de edad? En torno al sorprendente papel de las Administraciones públicas como tutores y garantes de algunos derechos fundamentales en nuestra actividad en Internet

Andrés Boix Palop[512]

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Valencia

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado “Audios y vídeos del Congreso”.

Resumen:

Una de los más sorprendentes fenómenos de los últimos años, en paralelo al auge y consolidación del uso de Internet como herramienta social, ha sido la trasnformación del papel que las Administraciones públicas han comenzando a jugar. Desde que la Red ha tomado carta de naturaleza como mediador privilegiado entre consumidores y empresas, entre ciudadanos que buscan información y otros que la proporcionan y, en una última fase, entre personas que se conectan para charlar, quedar o dar información sobre su vida y actividades, se puede detectar un creciente activismo de entes como, muy especialmente, los dedicados a la protección de datos que, de una manera u otra, puede entenderse que han acabado por desbordar las previsiones legales y reglamentarias que marcaban sus objetivos primigenios. Así, con base en el encargo de tutelar los datos de carácter personal y los ficheros que los contienen, ha acabado generándose una enorme y constante actuación de vigilancia, consejo y prevención que ha logrado conferir a estas Administraciones un carácter central en la defensa de los derechos fundamentales relacionados con la privacidad. Una tendencia que, aun no cuestionada, sí permite plantear algunas dudas jurídicas sobre su pertinencia y alcance.

[512] Andres.Boix @ uv.es / http://www.uv.es/aboixp

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

Palabras clave: *Protección de datos, tutela de los derechos individuales, privacidad, intimidad, autodeterminación informática, agencia española de protección de datos, ficheros, datos de carácter personal, individualismo, derechos civiles, infantilización*

Los trabajos y reflexiones contenidos en este volumen son una excelente muestra del abanico de riesgos y peligros a que se enfrenta el ejercicio de las libertades en Internet, y muy especialmente de las libertades informativas. El ejercicio de nuestros derechos fundamentales, en un contexto como es la Red, necesariamente no adaptado a los perfiles clásicos en los que los mismos han sido reconocidos y defendidos, ha de generar inevitablemente problemas y desajustas. Aparecen también, como se ha analizado con detalle a lo largo de esta obra, soprendentes repercusiones en áreas aparentemente distantes, que a priori no habríamos sospechado. Así, la íntima relación que la propiedad intelectual o la privacidad pueden acabar teniendo en relación al ejercicio de libertades como la de empresa o la de expresión es algo que, sin duda, ya conocíamos. Pero sólo con el advenimiento del uso masivo de Internet hemos podido comprender hasta qué punto resulta ahora de todo punto imposible desconocer las diferentes caras de esta poliédrica realidad a la hora de analizar las normas que nos damos, sus efectos y las consecuencias globales en de las mismas en términos económicos, sociales y de justicia.

Con la intención de completar las ideas expresadas, puede resultar interesante incoar una reflexión, necesariamente muy esquemática a estas alturas, sobre la transformación que se está produciendo respecto de la función que como sociedad conferimos a las Admisnistraciones públicas en estas áreas y, más en concreto, en el ámbito e la protección de datos. Qué duda cabe de que el mayor o menor activismo de las autoridades encargadas de velar por la privacidad condicionará enormemente el ejercicio de nuestros derechos. En las próximas páginas trataremos, muy brevemente, de exponer algunas preocupaciones sobre el particular con el ánimo de compartirlas públicamente y tratar de iniciar un debate sobre el particular. No tenemos claro si la evolución que vamos a reseñar es globalmente positiva o no, si las ventajas del activismo administrativo compensan otros posibles problemas. Pero sí nos resulta evidente que conviene, al menos, tener presente el envés de esta historia antes de confiar en que la pendiente por la que nos hemos lanzado haya de ser continuada.

1. Unas autoridades encargadas de la protección de datos cuya actividad desborda los límites de su mandato legal

Este activismo del que estamos hablando está perfectamente ejemplificado por las actuaciones que viene desarrollando en los últimos años la Agencia Española de Protección de Datos. A título anecdótico, pero significativo, llama la atención que un pedestre y rudimentario recuento de las apariciones en prensa a lo largo de los últimos meses de Artemi Rallo y de María Luisa Cava de Llano, director de la Agencia Española de Protección de Datos y Defensora del Pueblo, respectivamente, revele que las apariciones del primero multiplican por 5 las de la segunda[513]. La muestra no es científica, pero sirva para contrastar la que supongo que es la sensación dominante: de un tiempo a esta parte la Agencia Española de Protección de Datos ha adquirido un protagonismo notable y sus apariciones en los medios de comunicación son constantes. Sorprendentemente, sin embargo, éstas no se refieren en la mayor parte de los casos a cuestiones relacionadas con la que debería ser la actividad central de la Agencia, el control de ficheros de entidades públicas y privadas, sino que versan sobre temas muy diversos concernientes a la privacidad e intimidad de los usuarios de Internet, y van desde la emisión de consejos hasta el estableciemiento de protocolos, reglas o recomendaciones para empresas y proveedores de Internet, pasando por la utilización, más o menos acertada, de la protección de datos como instrumento para lograr otro tipo de objetivos (disciplinar a algunos prestadores de servicios de la sociedad de la información, obligar a medios de comunicación a retirar ciertos contenidos, establecer mecanismos de garantía y protección de los consumidores y usarios de algunos servicios ofrecidos a través de la web…). La Agencia de Protección de Datos se ha convertido, de facto, en una suerte de prescriptor general sobre cómo los ciudadanos hemos de gestionar nuestra privacidad en Internet y en ente con aspiraciones (aunque es dudoso que con competencia) de ordenar y normas la manera en que ciertos servicios han de ser prestados en la Red para no

[513] Como es probable que esta tendencia no vaya a cambiar, es fácil comprobar si la situación sigue siendo la misma intorduciendo los nombres de estos personajes en Google o en Google News, lo que permite cribar un poco más y, además, atender a la frecuencia temporal con la que los medios de comunicación dan cuenta de las actividades de uno y otro organismo. Asismos, Google dispone de una herramienta más potente, Google Trends, que permite trazar temporalmente búsquedas y apariciones en medios on-line. Sin embargo, en este caso, las búsquedas sobre la actual Defensora no son suficientes como para que aparezcan en el listado, de modo que no es posible realizar la comparación.

ISBN 978-84-694-0081-4

ponerla en riesho. De alguna manera, sus funciones, y de ahí la comparación con el Defensor del Pueblo antes reseñada, ha acabado tornándose, en parte, como una suerte de Defensor de la Privacidad del Internauta. Una tarea a la que la Agencia se está dedicando, además de a las funciones que le corresponden de acuerdo con la legislación regulaora, con enorme empeño y éxito de público y crítica. Hasta el punto de que, como se ha dicho, su presencia pública solapa, incluso, al organismo que debería estar encargado, porque constitucionalmente así está previsto, de llevar a cabo la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es obvio que una parte de esta creciente atención mediática tiene que ver con la novedad que supone Internet o la llegada de las redes sociales. Este "factor novedad", lógicamente, explica la enorme atención de la prensa. Pero también lo es que no sólo ahí radica la explicación. Los medios reflejan unas actividades que existen y se multiplican en muchos frentes.

La LOPD, es la norma que regula, con carácter orgánico (a excepción precisamente de su Título VI, que es el que nos interesa), la actuación de la Agencia. El artículo 35 de la ley establece que nos encontramos ante una Administración pública, sometida por ello a todo el aparato jurídico administrativo al uso. En su artículo 37, que conviene recordar aquí, se listan las funciones que legalmente, según la norma de creación del ente, ha de desarrollar la misma:

Artículo 37 LOPD. Funciones. Son funciones de la Agencia de Protección de Datos:

"a) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.

b) Emitir las autorizaciones previstas en la Ley o en sus disposiciones reglamentarias.

c) Dictar, en su caso, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la presente Ley.

d) Atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas.

e) Proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento de los datos de carácter personal.

f) Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.

ISBN 978-84-694-0081-4

g) Ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos por el Título VII de la presente Ley.

h) Informar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen esta Ley.

i) Recabar de los responsables de los ficheros cuanta ayuda e información estime necesaria para el desempeño de sus funciones.

j) Velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos con carácter personal, a cuyo efecto publicará periódicamente una relación de dichos ficheros con la información adicional que el Director de la Agencia determine.

k) Redactar una memoria anual y remitirla al Ministerio de Justicia.

l) Ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos, así como desempeñar las funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales.

m) Velar por el cumplimiento de las disposiciones que la Ley de la Función Estadística Pública establece respecto a la recogida de datos estadísticos y al secreto estadístico, así como dictar las instrucciones precisas, dictaminar sobre las condiciones de seguridad de los ficheros constituidos con fines exclusivamente estadísticos y ejercer la potestad a la que se refiere el artículo 46.

n) Cuantas otras le sean atribuidas por normas legales o reglamentarias."

Más allá de la competencia residual que se contiene en la letra n) del precepto, se puede constatar con suma facilidad que nos encontramos con una norma que, con carácter general, otorga competencias a la Agencia en relación con los ficheros públicos o privados y los datos de carácter personal contenidos en ellos. De hecho, no tiene sentido reiterar hasta qué punto todo el diseño legal de la propia agencia en la ley es coherente con esta idea. Algo por otro lado lógico e inevitable si tenemos en cuenta que la propia LOPD es, de hecho, no una ley sobre intimidad o privacidad de los ciudadanos sino, más humildemente, un texto legal que regula las garantías y mecanismos a disposición de los ciudadanos respecto de sus datos almacenados por entidades públicas y provadas. No fue la intención del legislador crear una entidad con capacidad para supervisar cualquier acción que afectara a la intimidad de los ciudadanos. Menos todavía pretendía la ley establecer un ente administrativo cuya función fuera proteger y defender estas libertades. Entre otras cosas porque, con tal finalidad, ya prevé nuestra Constitución otra institución: el mencionado Defensor del Pueblo.

Incluso la más general de las funciones legalmente atribuidas a la Agencia parte de esta premisa. El art. 37 a) señala que la Agencia habrá de

"velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos". Nótese que no se trata de que proteja y defienda el derecho a la intimidad de los ciudadanos, sino el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos, que es un ámbito necesariamente menor a aquél. Incluso, por si acaso, la norma restringe aún más el objeto prioritario de atención de la Agencia al especificar que, en especial, habrá de atender a lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.

Al margen de estas menciones, la ley concede a la Agencia funciones referidas a información a los usuarios o al establecimiento de protocolos que deberán seguir los sujetos de derecho, pero es manifiesto del texto de la ley que, en todo caso, está pensando en ficheros y los datos de carácter personal contenidos en los mismos. De manera que el mandato en términos de información y protocolización que tiene la Agencia es, o debería ser (al menos a partir de su diseño legal) más bien limitado.

De manera que, si bien es cierto que la mayor parte de las actuaciones de la Agencia han buscado siempre un engarce, más o menos forzado, con la existencia de datos de carácter personal o ficheros con los mismos (aunque fuera a costa de una ampliación excesiva y que tendremos ocasión de analizar más extensa y profundamente en otros foros, dados los problemas que plantea), también lo es que en no pocas ocasiones esta relación no es excesivamente intensa y más bien formal y protocolaria. Entender que los libros de bautismo, las páginas de resultados de una búsqueda en Google o los muros de los usuarios de Facebook, por apelar a algunos de los ejemplos más significativos y exagerados (aunque precisamente por su exageración contengan una injusta simplificación), constituyen ficheros es, como mínimo, cuestionable y parece que supone un activismo mayor que el que inicialmente preveía la ley para la Agencia. Pero el caso es que a partir de su consideración como tales la Agencia ha entendido que podía, y debía, emitir recomendaciones múltiples a usuarios de estos servicios, iniciar procedimientos sancionadores contra instituciones y empresas, presionar a algunos prestadores de servicios de la sociedad de la información para que operaran de determinada manera (Tuenti) e, incluso, ha tratado de extender algunas de estas medidas, presionando con esta interpretación de la norma y de su competencia, a empresas no sometidas al Derecho español (Facebook, Google….).

ISBN 978-84-694-0081-4

Las Administraciones públicas, según se decía tradicionalmente en nuestro Derecho administrativo, están positivamente vinculadas a la ley. Lo que significa que sólo pueden desarrollar las competencias que la ley prevé para ellas y que sólo pueden hacerlo de la manera en que la ley dispone. Persiguiendo los fines determinados, predeterminados, por la ley. Como es obvio, una expansión de las funciones de la Agencia como la relatada y por todos conocida, plantea un evidente problema de contraste con esta vieja doctrina. Ha de reconocerse, con todo, que no es el único caso en que algo así ocurre. Hasta el punto de que son hoy muchos en el mundo del Derecho público quienes consideran que, directamente, lo que conviene arrumbar es la tradicional idea de vinculación positiva a la ley de las Administraciones públicas (*positive Bindung*) y sustituirla por una idea más flexible, de vinculación negativa (*negative Bindung*) según la cual las Administraciones tendrían un espacio mayor de libertad en el ejercicio y fijación de sus funciones y objetivos siempre con el límite, eso sí, de no violar las leyes.

Tratando de resumir, enfrentados a esta incesante actividad de las autoridades con competencias en materia de protección de datos, encontramos muchas dudas respecto a la juridicidad de su actuación. El hecho de que hayan habido de recurrir a un extendido concepto de fichero o de dato de carácter personal para justificar ciertas actuaciones es problemático. También la manifiesta lejanía de cualquier trazo de vinculación positiva a la ley de creación de la AEPD, plasmada en la ambiciosa superación de las funciones que le atribuye la ley. Además, por último, es muy dudoso que un incremento de las competencias de la Agencia hasta el punto de convertirla en un ente público dedicado a defender la llamada autodeterminación informática de los ciudadanos, elevada a la categoría de derecho fundamental, conteniendo las previsiones constitucionales en materia de intimidad y privacidad sea posible. Máxime cuando parece evidente que colisionaría de manera patente con las funciones constitucionales que en 1978 se asignan a la institución del Defensor del Pueblo.

Sin embargo, ninguna de estas objeciones jurídicas, por mucho que puedan tener un peso técnico innegable, se han hecho oír frente a la paulatina extensión de la actividad de la Agencia y sus equivalentes, espoleadas por un clima social que ha entendido como positiva y necesaria, desde un punto de vista material, esta intervención. Para concluir esta reflexión creemos necesario resaltar que también es cuestionable desde este plano la extensión de la actividad de la AEPD a que estamos asistiendo. A

ISBN 978-84-694-0081-4

nuestro juicio infantiliza a la sociedad y, al tutelar en exceso y burocratizadamente los derechos fundamentales en cierta medida los degrada. Por no mencionar que altera el equilibrio constitucional entre los mismos, dotando a uno de ellos de un privilegiado respaldo frente a ciudadanos que puedan estar actuando al amparo de otros títulos (libertad de empresa, derecho a la información…), dado que el apoyo que se recibe de la AEPD no es un apoyo equivalente al que suministra el Defensor del pueblo. La Agencia tiene su particular "brazo armado", en la medida en que cuenta con capacidad inspectora y sancionadora que no se ha caracterizado, hasta la fecha, por utilizar con moderación.

2. El ejercicio de los derechos fundamentales y su protección

En un Estado de Derecho los derechos fundamentales están reconocidos y garantizados por el Estado y su aparato judicial tiene como misión prioritaria restaurarlos en caso de ataque. Sin embargo, la noción de que la Administración deba sustituir a los ciudadanos en su ejercicio, o simplemente tutelarlo, es más extraña. Las leyes, en ocasiones, por supuesto, en casos de conflicto, deciden con carácter que pretende ser general y abstracto cómo se solventan algunas colisiones (o, mejor, cómo se habrían de solventar). Pero la Administración suele quedar al margen de la ecuación. Algo por lo demás lógico, dado que los derechos y libertades, en tanto que ámbitos de autodeterminación, tienen sentido en la medida en que son los ciudadanos, sus destinatarios, los que les dan forma y se hacen con ellos. Hay casos, como es obvio, en que el Estado, por medio de órganos administrativos u homologables, tutelan el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, pero son los menos. De hecho, con la excepción de algunos supuestos que afectan a menores de edad (y normalmente, además, en casos de ausencia de tutores o representantes legales, o al menos en concurrencia con ellos, no sustituyéndolos), y salvo error u omisión de quien esto escribe, no hay otros casos en nuestro ordenamiento donde algo así se produzca.

Sorprendentemente, en cambio, y sin que el legislador haya intervenido para nada en ello, una Administración, la Agencia Española de Protección de Datos, se ha arrogado la capacidad para realizar algo así. Lo ha venido haciendo para "proteger" a las personas, a su intimidad, a su vida privada, de los inherentes riesgos que Internet comporta. Y lo ha hecho en

ISBN 978-84-694-0081-4

medio del aplauso general. El origen de estas intervenciones, en aplicación de cierta lógica jurídica, ha sido la preocupación por los colectivos más expuestos y, en concreto, cómo no, los menores. Pero por ese precedente se han ido colando posteriormente numerosas intervenciones disciplinadoras, protocolizadoras que, si bien no han acabado de prohibir actuaciones (probablemente porque no se podía) sí que han forzado negociaciones y han logrado la modificación de conductas que, reiteramos, parecen en principio perfectamente amparadas por el ordenamiento jurídico e, incluso, por otros derechos fundamentales (derecho a la información, libertad de empresa).

En general, estas actuaciones no han sido objeto de críticas. La evidente bondad de la finalidad última y el amplio respaldo que merece la misma ha hecho olvidar que en Derecho es importante qué fines se emplean para conseguir según qué fines. Y que el delicado equilibrio entre derechos y libertades, acción de las Administraciones públicas y del legislador, tiene su razón de ser. Una sociedad democrática que consiente que una Administración encargada de la Protecciónd de Datos devenga un controlador general de los contenidos que hay en Internet y de la manera en que las empresas privadas y sus usuarios interactúan en Internet puede acabar encontrándose, a medio y largo plazo, con restricciones insospechadas.

Dado que la Red ha tomado carta de naturaleza como mediador privilegiado entre consumidores y empresas, entre ciudadanos que buscan información y otros que la proporcionan y, en una última fase, entre personas que se conectan para charlar, quedar o dar información sobre su vida y actividades, el creciente activismo de entes como la AEPD provoca situaciones no del todo satisfactorias.

Así, el hecho de que las restricciones a Google respecto a qué puede o no exhibir como sus resultados de búsquedas en según qué casos dependa de las decisiones de un órgano administrativo no parece muy satisfactorio. Un recto entendimiento de nuestro sistema de fuentes debiera hacernos concluir que, en ausencia de restricción del legislador que nos haga fallar en otro sentido, debiera primar la libertad de expresión frente a las pretensiones de control de la información amparadas por la Agencia.

O, por irnos a ejemplos más recientes y que disfrutan de gran atención mediática en nuestros días, llama la atención que la manera en que gestionan los datos de los usuarios las redes sociales, o incluso la edad a partir de la cual se pueda acceder a ellas, sean objeto de transacción entre

ISBN 978-84-694-0081-4

empresas y la Administración. Tal concepción respecto del ejercicio de los derechos fundamentales no sólo es que haga emerger una figura mediadora no prevista en la Constitución ni en las leyes. Es que, además, resulta profundamente inquietante por infantilizadora y porque, en última instancia no deja de suponer, aunque sea "por su bien", para protegerlos, un desapoderamiento de los ciudadanos respecto de sus derechos. Porque no deja de ser parte del derecho a la intimidad y a la privacidad el que uno pueda, libremente, decidir renunciar a ella en ciertos momentos, lugares y situaciones. Que es, por otro lado, y precisamente, en lo que consiste una red social y la decisión de participar en ella. Pretender fiscalizar esta decisión adulta e introducir un mecanismo (administrativo, para más señas) paternalista no parece la mejor manera de afrontar los numerosos problemas reales y potenciales que, en esta materia, para qué negarlo, es obvio que pueden suponer las nuevas tecnologías y la generalización de instrumentos como las redes sociales.

Bibliografía

Dada la naturaleza del texto, las referencias bibliográficas que se adjuntan no se refieren al tema tratado, que hasta la fecha no ha sido objeto de ningún desarrollo, sino a las cuestiones generales más importantes (conciliación de derechos en las actividades en Internet, libertad de expression, libertad de empresa, protección de datos, actuación de las Administraciones públicas, ordenación de la protección de datos en España) que permiten enmarcar la reflexion realizada. Las obras que se indican son generales y, hasta cierto punto, precursoras en el tratamiento de estas cuestiones referidas a la Red. Pero no pretender ser un listado exhaustivo ya que, por la generalidad de las referencias sobre estas materias, éste desbordaría unas dimensiones razonables.

- BOIX PALOP, Andrés, "Pluralismo y libertad de expresión en la Red", *Revista española de Derecho constitucional*, nº 65, mayo-agosto 2002, pp. 133-18.

- BOIX PALOP, Andrés y LÓPEZ GARCÍA, Guillermo (Eds.), *La autoría en la era digital: Industria cultural y medios de comunicación* (Editor, junto a G. López García y coautor), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- COTINO HUESO, Lorenzo, (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, 2008.

- COTINO HUESO, Lorenzo, (Coord.*), Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- GUICHOT REINA, Emilio, *Datos personales y Administración pública*, Civitas, 2005.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

II. Capacidad efectiva del ejercicio y tutela de los derechos LOPD en las redes sociales

Ramón Miralles López

Coordinador de Auditoria y Seguridad de la Información

Autoridad Catalana de Protección de Datos

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado “Audios y vídeos del Congreso”.

Resumen:

El objeto de esta ponencia es identificar y describir las dificultades más relevantes que se plantean en el contexto de las redes sociales, por un lado, en relación al ejercicio de los derechos que forman parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, es decir, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y por otro las barreras que, en determinadas circunstancias, dificultan la tutela efectiva de esos derechos por parte de las autoridades de control.

Se acaban proponiendo algunas líneas de trabajo que podrían minimizar el efecto de esas dificultades sobre el ejercicio y tutela de los derechos de las personas en relación al tratamiento de sus datos personales.

Palabras clave: *protección de datos, redes sociales, identificación, tutela, autoridades de control, privacidad, datos personales, ejercicio de derechos, aplicabilidad normas*

1. Sentando algunas bases

A modo de introducción, y como punto de partida, quisiera recordar que el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal es un instrumento orientado a garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, tal y como lo plantean la Ley orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal (LOPD) y

ISBN 978-84-694-0081-4

la Directiva Europea 46 del año 1995, al determinar en cada caso su finalidad u objeto normativo.

Ese carácter instrumental tiene su origen en el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 1981, que también tiene por objeto el respeto a los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, solo que en este caso reconoce, en su preámbulo, *"la necesidad de conciliar los valores fundamentales del respecto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos"*.

En demasiadas ocasiones el anecdotario relacionado con la protección de datos personales puede llevarnos a pensar que se cometen excesos o incluso resultados absurdos o sin sentido relacionados con la protección de ese derecho, especialmente cuando nos enfrentamos a ciertas tecnologías y servicios relacionados con la sociedad de la información, o la web 2.0 si se quiere, haciéndonos perder de vista uno de los elementos claves de ese derecho fundamental, que centrado en la autodeterminación informativa no es otra cosa que, el más que respetable, *"poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso"*, tal y como recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000.

Y tal como esa misma sentencia fundamenta, se trata de impedir que se produzca, mediante la protección de ese derecho fundamental, basado en el *"poder de control sobre los propios datos personales, sobre su uso y destino"*, un tráfico ilícito de los datos que pueda ser lesivo para la dignidad y derecho del individuo afectado.

En definitiva, como ya decía, no hemos de perder de vista que cuando hablamos de la protección de datos de carácter personal estamos hablando de libertad, que es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico según el artículo 1.1 de la Constitución Española.

Para acabar esta parte introductoria quisiera poner de manifiesto que pensar que, hoy por hoy, la red es sinónimo de libertad es una percepción, cuando menos, inocente; todo y que el acuerdo del Parlamento Europeo, de finales del 2009, en relación al llamado paquete de telecomunicaciones, considera que *"Internet es esencial para la educación y el ejercicio práctico de la libertad de expresión y el acceso a la información",* lo cierto es que en

ISBN 978-84-694-0081-4

estos momentos tanto por la presión originada por las necesidades de la seguridad pública, como de los intereses económicos de los productores de contenidos, estamos ante una situación extrema, y muy delicada, en cuanto al futuro de las libertades en Internet.

Solo por poner algunos ejemplos.

La entrada en vigor hace pocas semanas de la Ley Hadopi en Francia que a la práctica pretende instaurar *"un control generalizado de las comunicaciones electrónicas"* según recogió en su momento la sentencia 2009-580 de 10 de junio del 2009, del Consejo Constitucional de la República Francesa; o alguna de las previsiones del Anteproyecto de Economía Sostenible español, que parece que ahora ya no se tramitará hasta el 2011, y que también puede llegar a preveer algunas medidas relacionadas con el bloqueo de contenidos y el acceso a Internet de los usuarios.

Los casos como el de Phorm-BT (UK) o NebuAD-AT&T (USA) donde el uso de tecnologías DPI (Deep Packet Inspection) permitió durante muchos meses conocer y analizar a que información accedían los usuarios de la red, es decir, se accedía al contenido de sus comunicaciones.

La censura de Internet practicada por muchos estados, según diferentes informes alrededor de 60 países podrían estar aplicando diferentes medidas tendentes a censurar contenidos, limitar anchos de banda o en definitiva acabar con la neutralidad de la red, tal y como expreso Sir Tim Berners-Lee *"lo que está en riesgo es la integridad de internet como medio de comunicaciones"*.

Se da la paradoja de que nada menos que Google el pasado 22 de septiembre hizo pública una herramienta que permite conocer las intromisiones de los estados en los servicios de Google, mediante su "Transparency Report", disponible en http://www.google.com/transparencyreport/, podemos consultar tanto las posibles censuras de los servicios Google, basado en un análisis del tráfico, como las peticiones de retiradas de contenidos realizadas por los estados a Google.

O finalmente, las informaciones publicadas en http://www.statewatch.org (observatorio de la actividad de los estados y de las libertades civiles en Europa) donde es, por ejemplo, muy recomendable la lectura del documento del Consejo de la Unión Europea, de abril de 2010, en

ISBN 978-84-694-0081-4

relación al uso de un *"instrumento estandarizado, multidimensional y semiestructurado de recogida de datos e información relacionada con los procesos de radicalización a la Unión Europea"* (ENFOPOL 99), que tiene por objeto *"evitar que las personas se conviertan en terroristas, abordando factores y causas profundas que puedan conducir a la radicalización y el reclutamiento tanto dentro como fuera de Europa"*, es decir, al mas puro estilo de la intervención de las comunicaciones electrónicas y acumulación de información con fines de inteligencia que realiza la NSA norteamericana.

La presunción de inocencia todo y ser un derecho reconocido por la mayoría de ordenamientos jurídicos se ve gravemente vulnerada por algunas de estas actividades y otras que no vienen al caso, pero también relacionadas con los contenidos digitales.

2. Dificultades en el ejercicio y tutela de derechos

Sin perder de vista todo lo expuesto, me propongo abordar la identificación y descripción de las dificultades o barreras con que puede encontrarse el ejercicio y tutela de los derechos de las personas en relación al tratamiento de sus datos de carácter personal en el entorno internet, y en especial, en el contexto de las redes sociales, sin ánimo de ser exhaustivo, ya que existen otras muchas cuestiones a analizar, por tanto con la intención de hacer énfasis en aquellas que me parecen más relevantes.

Los artículos 15 a 17 de la LOPD reconocen los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en relación al tratamiento de los datos personales, y el art. 18 prevé la tutela de esos derechos por parte de las autoridades de protección de datos competentes; en el título III del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD se regulan esos derechos.

No entraré a describir la configuración y características de esos derechos de manera detallada ni sistemática, ya que no es objeto de este documento, en todo caso hay una abundante bibliografía al respecto, a la que me remito.

ISBN 978-84-694-0081-4

2.1. El escenario

La evolución de las tecnologías de la información relacionadas con Internet, que han venido marcadas por el acceso de banda ancha a internet, más o menos generalizado, que ha permitido el despliegue masivo de servicios basados en contenidos multimedia, junto con los nuevos usos derivados de la web 2.0, donde los usuarios son parte activa de la red aportando contenidos de manera autónoma y continuada, con el apoyo de la integración de la telefonía móvil con Internet y la ubicuidad derivada del uso de dispositivos portátiles con muy pocas limitaciones en cuanto a su capacidad de procesamiento y conectividad, a todo lo cual se ha añadido en los últimos tiempos el paradigma del "cloud computing", como una nueva manera de proveer y obtener servicios en la red de manera ágil y eficiente, nos plantea un escenario extraordinariamente complejo, especialmente en lo que se refiere a la protección de datos de carácter personal.

Si a todo lo dicho anteriormente le añadimos algunos elementos extras, como la extendida práctica de proponer condiciones de uso y de políticas de privacidad de carácter dinámico, es decir, que a criterio del proveedor del servicio y de manera unilateral van siendo modificadas, especialmente en el contexto de los servicios de redes sociales, de manera que los reproches, que con cierta facilidad se hacia a los usuarios de que aceptaban condiciones de uso sin leerlas, no tiene ya fundamento, puesto que son modificadas sin previo aviso, una y otra vez, por parte de los proveedores del servicio, de manera que no tiene demasiado sentido perder el tiempo en su lectura, ya que probablemente sean modificadas en breve.

Y si también tenemos en cuenta que uno de los grandes déficits técnicos del protocolo internet es que no prevé ningún mecanismo de autenticación robusta de los usuarios de la red, cuestión por otro lado hasta cierto punto lógica, ya que tal y como se definió el protocolo IP en los setenta el objetivo era conectar máquinas no personas, provoca que los mecanismos de autenticación sean siempre aplicaciones o sistemas añadidos a Internet, en muchos casos con serias limitaciones para garantizar la autenticidad de quien accede al servicio (registro de usuarios para obtener un usuario y contraseña sin ningún tipo de verificación de la identidad), y cuando no es así aparecen algunas barreras de tipo tecnológico y de usabilidad que dificultan la generalización de esos sistemas más robustos, que podrían garantizar con un alto nivel de fiabilidad la identidad de los usuarios (certificados digitales).

ISBN 978-84-694-0081-4

Y para terminar de colocar todas las piezas en el escenario nos encontramos ante un modelo global de relaciones empresariales y de servicio, de manera que en la provisión de un servicio de sociedad de la información pueden intervenir diferentes proveedores, cada uno aportando sus servicios, ubicados en diferentes territorios y por tanto sujetos a diferentes ordenamientos jurídicos y jurisdiccionales, esa multiterritorialidad viene a añadir un grado más de dificultad al ejercicio de los derechos relacionados con el tratamiento de datos de carácter personal y por supuesto de su tutela por parte de las autoridades de control competentes.

2.2. Situación de los derechos

Las consecuencias directas del escenario descrito nos llevan a una situación en la que algunos de los extremos descritos en la STC 292/2000 como elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de datos de datos de carácter personal quedan, cuando menos, limitados, si no desvirtuados.

Tal y como recoge la mencionada sentencia son *"complementos indispensables* [del derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento de los datos personales]*, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos"*, es decir, *"exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele".*

Y en algún momento de la sentencia se afirma que *"ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin"*, pues bien, nos encontramos ante una coyuntura en que podemos decir, sin riesgo a equivocarnos, que en Internet, y especialmente en relación a los servicios de redes sociales ese poder de disposición, que forma parte del contenido del derecho fundamental, de nada vale, ya que no sabemos donde está nuestra información personal, ni quien la tiene realmente, ni sabemos que información se dispone de nosotros, ni para que se usa.

ISBN 978-84-694-0081-4

Recientemente (18/10/2010) "The Wall Street Journal" denunció que algunas de las aplicaciones más populares de Facebook estaban proporcionando información de los perfiles a terceras empresas, saltándose incluso las opciones de privacidad configuradas por los propietarios de los perfiles, cuestión que provocó que al día *siguiente "dos líderes del Congreso de EE.UU. exigieran explicaciones al fundador de Facebook, Mark Zuckerberg, sobre el uso y protección de datos de los millones de usuarios por parte de aplicaciones creadas por terceros en esa red social".*

Se podría traer aquí a colación el argumento de que la evolución de los servicios en la red y la propia actividad de sus usuarios ha llevado a esa situación, donde cada uno decide que hace con sus datos personales (aunque eso solo sea en apariencia, como así se ha evidenciado), de manera que no es otra cosa que llevar hasta sus últimas consecuencias la autodeterminación informativa y que por tanto, ante lo que nos encontramos, es que ese *"poder de disposición sobre los propios datos",* tal y como, está definido no da respuesta a las situaciones fácticas que se dan en la red, ni a las exigencias empresariales de los proveedores de servicios en línea.

Tal vez sea una línea argumental válida, no me posiciono, pero si que debe admitirse que tanto la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, plantean un modelo de tratamiento y uso de la información "pre-internet", es decir, un escenario de bases de datos centralizadas, tanto física como lógicamente ("hardware" y "software"), situados en centros corporativos de procesamiento de datos instalados físicamente en los locales de la organización responsable del tratamiento, o en ciertas circunstancies en instalaciones de otra organización que esta perfectamente identificada (nuestro conocido encargado de tratamiento), todo ello acompañado de la omnipresente figura del fichero, heredado de la LORTAD, y de absoluta obsolescencia cuando hablamos de los sistemas conectados a Internet y de las redes sociales.

De hecho las propias autoridades de control europeas reconocen que todo y que las previsiones de la Directiva 95/46/CE se realizaron de una manera tecnológicamente neutra, y que parece que han ido resistiendo desde el año 1995 la continua evolución de les tecnologías y de las redes, hay complejidades relacionadas con esa evolución que generan

ISBN 978-84-694-0081-4

incertidumbres en cuanto a la asignación de responsabilidades en el tratamiento de los datos de carácter personal y en cuanto al alcance de las legislaciones nacionales aplicables.

Muchos de los servicios en línea que han emergido como consecuencia del uso intensivo y masivo de Internet han puesto al límite a la legislación europea en materia de protección de datos personales, que en algún caso incluso ha resultado insuficiente para dar respuesta a esas nuevas situaciones, por ello el grupo de autoridades de control creado en virtud del art. 29 de la Directiva ha tenido que ir analizando y dictaminando de manera pormenorizada sobre determinadas cuestiones, como por ejemplo: el *"Documento de trabajo relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en internet por sitios web ubicados fuera de la Unió Europea"*, aprobado el 30 de mayo de 2002, el *"Dictamen 1/2008 sobre cuestions de protección de datos relacionadas con los motores de búsqueda"*, el más reciente *"Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea"* o el de primeros de este año, *"Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento»" y finalmente el "Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea".*

3. Centrando la cuestión: identidad y tutela en las redes sociales

Una vez expuestas y desarrolladas, con mayor o menor grado de profundidad, todas las variables de entorno a tener en cuenta a la hora de concretar las dificultades de una efectiva tutela de los derechos LOPD en las redes sociales, conviene centrar ya la cuestión.

Y la centraré en los dos aspectos que me parecen más relevantes: el primero en relación a las dificultades del ejercicio de derechos en cuanto a la identificación de la persona afectada, por tanto titular del derecho, y, en segundo lugar, y una vez superada esa dificultad, la dificultades derivadas de la aplicabilidad de las normas y protección del derecho en un "ambiente de multiterritorialidad".

ISBN 978-84-694-0081-4

3.1. Carácter personalísimo de los derechos ARCO

En primer lugar quisiera mencionar la cuestión del carácter personalísimo de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, tal y como prevé el art. 23 del Real Decreto 1720/2007.

Ese carácter personalísimo implica que esos derechos solo pueden ser ejercicios, con carácter general, por el afectado, de manera que este, a la hora de ejercerlos debe acreditar su identidad, a fin de que el responsable del tratamiento pueda atender al ejercicio del derecho planteado; solo recordar en este punto que según el *"Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea"* del grupo del art. 29, las disposiciones de la Directiva *"se aplican en la mayoría de los casos a los proveedores de servicios de redes sociales, aunque su sede se encuentre fuera del EEE"* y que *"los proveedores de servicios de redes sociales son responsables del tratamiento de datos en virtud de la Directiva"*, de manera que en aplicación del art. 24.4 del RD 1720/2007 el responsable del tratamiento, cuando disponga de servicios de atención al cliente o de reclamaciones, puede acreditar la identidad del interesado por los medios establecidos para la identificación de sus clientes, por tanto, conocer el usuario y contraseña utilizado para dar de alta y actualizar el perfil de un usuario de una red social será un mecanismo adecuado y suficiente para ejercer esos derechos de carácter personalísimo.

Debe advertirse aquí, que salvo error u omisión por mi parte, ninguna de las redes sociales más populares utilizan mecanismos de autenticación robusta (dejando a parte las escaramuzas de Tuenti con los menores de edad), donde habitualmente el código de usuario que se utiliza es una dirección de correo electrónico, por tanto en muchos supuestos de fácil conocimiento por parte de terceros, y una contraseña, que es mas que consabido que en un alto porcentaje suelen ser vulnerables, ya sea por su poca robustez o por los mecanismos de recuperación de contraseñas implementados por los proveedores del servicio, que permiten que terceros con un poco de imaginación o información extra puedan responder correctamente a las preguntas de verificación que permiten recuperar o regenerar la contraseña, o incluso con técnicas algo más sofisticadas se puede tener acceso a las cuentas de correo electrónico donde llegaran los mensajes de generación de la nueva contraseña.

Esa debilidad en los sistemas de identificación de los usuarios lleva a que incluso a las agencias de protección de datos lleguen denuncias en

relación a que *"alguien ha dado de alta mi perfil en Facebook, usando mi nombre y apellidos"*, a parte de lo anecdótico de ese tipo de denuncias, lo cierto es que los sistemas utilizados no son los más adecuados, al menos en relación a la aplicación de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.

Más complicada resulta la cuestión cuando el que quiere ejercer un derecho de cancelación es alguien que no es cliente de la red social, aplicando la norma no le será posible ejercer su derecho personalísimo ni tan solo mediante los mecanismos de identificación de clientes del servicio, ya que no lo es, y por supuesto tampoco aportando su documento nacional de identidad o documento equivalente, ya que el proveedor del servicio difícilmente podrá saber si aquella información textual o gráfica corresponde a la persona que quiere que se retire esa información de carácter personal.

Los terceros sobre los que se publica información en la red social lo tienen complicado para proteger sus datos personales, quedando en el mejor de los casos a la buena voluntad o a los procedimientos internos de los proveedores de servicios de redes sociales.

Todo y que el *"Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea",* de 12 de junio de 2009, en el apartado 3.9 dedicado a los derechos de los usuarios, dictaminaba que *"los derechos de acceso y rectificación de los usuarios no se limitan a los usuarios del servicio, sino a toda persona física cuyos datos se tratan. Los miembros y no miembros de los SRS deben tener un medio de ejercer su derecho de acceso, rectificación y supresión. La página inicial de los sitios SRS debería hacer referencia claramente a la existencia de una «oficina de reclamaciones», creada por el proveedor de SRS con el fin de gestionar los problemas relativos a la protección de datos y la intimidad, así como las denuncias de los miembros y no miembros"*, consultadas las páginas iniciales de servicios de redes sociales como Facebook, Tuenti y Myspace en ninguno de los casos aparecía enlace alguno de una *"oficina de reclamaciones",* o cosa que se le pareciera (situación verificada el 9 de octubre de 2010), lo que también hace pensar sobre la capacidad y grado de presión que realmente pueden ejercer las autoridades de control sobre los proveedores de servicios de redes sociales.

Por descontado esas dificultades también afectan a los procedimientos de tutela de derechos que pueden instruir las agencias de protección de datos, ya que según el art. 117 de RD 1720/2007 el procedimiento se iniciará a instancia del afectado, es decir, de aquel que es titular, con carácter

ISBN 978-84-694-0081-4

personalísimo, de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en relación en a sus datos personales.

3.2. Tutela efectiva

La siguiente cuestión a abordar tiene que ver con la capacidad para ejercer una tutela efectiva por parte de las autoridades de protección de datos, cuando un afectado, una vez ha intentado ejercer alguno de sus derechos no ha recibido respuesta, o esta no ha sido satisfactoria.

En primer lugar quisiera referirme a la aplicación de la legislación comunitaria sobre protección de datos cuando los sitios web en que se tratan los datos están situados fuera de los estados de la Unión Europea.

No haré referencia a la casuística de si nos encontramos ante una transferencia internacional de datos que deba ser autorizada o no, y en que condiciones, ya he mencionado que no seria exhaustivo, por tanto me centraré exclusivamente en los mecanismos de determinación de la aplicabilidad de la legislación europea.

Según el documento de trabajo del grupo del art. 29, de 30 de mayo de 2002, *"relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en Internet por sitios web establecidos fuera de la UE"*, al que ya he hecho referencia, determinar la aplicabilidad de las normas comunitarias según el establecimiento del responsable del tratamiento, no es válido para determinar la legislación aplicable cuando se trata de informaciones recopilas o recogidas por sitios web establecidos fuera de la Unión Europea, por tanto se recurre al vínculo físico entre la acción y un sistema jurídico (principio de derecho internacional), de manera que lo que importa es la localización de los medios de tratamiento utilizados, y considera como tales medios, a recursos técnicos que se ubican o ejecutan en el ordenador del usuario, las "cookies" y los "javascripts" o similares, y sobre los que el responsable del tratamiento tiene algún control.

Lo cierto es que sin entrar a discutir los pormenores del criterio de aplicabilidad, el hecho de tratarse de un posicionamiento realizado en el 2002 y por tanto sujeto a la evolución de las tecnologías, hace que ya no sea válido en todas las situaciones, especialmente por la evolución sufrida por las "cookies" y su uso, en todo caso hacer depender la aplicabilidad de unas

ISBN 978-84-694-0081-4

normas relacionadas con derechos fundamentales de unos pequeños ficheros de muy sencilla manipulación y en general "poco de fiar", es cuando menos, llamativo.

En cualquier caso el *"Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea",* en cuanto a la aplicabilidad de las disposiciones de la Directiva relativa a la protección de datos, dictamina que se aplican en la mayoría de los casos a los proveedores de servicios de redes sociales, aunque su sede se encuentre fuera del Espacio Económico Europeo, y alude también a las "cookies" como uno de los criterios determinantes de esa aplicabilidad.

Por tanto un usuario de una red social, que no ha obtenido respuesta positiva a un ejercicio de derechos relacionados con sus datos personales, podrá recabar la tutela de la autoridad de protección de datos competente, que será habitualmente la de su lugar de residencia.

Otra cosa es que una vez solicitado el auxilio de la autoridad competente, para que le tutele sus derechos, se pueda efectivamente dar cumplimiento a lo previsto en la normativa, en el caso de la legislación española para empezar los plazos son exigentes, de manera que según cual sea el proveedor de servicios de redes sociales, y donde tenga establecimientos, las diferentes comunicaciones relacionadas con el procedimiento de tutela podrán llegar a tener un tránsito complicado, sin olvidar la posible necesidad de traducción de los documentos administrativos relacionados con el procedimiento de tutela.

En el caso de los procedimientos de tutela de derechos de la Agencia Española de Protección de Datos el responsable del tratamiento tiene 15 días para realizar alegaciones una vez le ha sido trasladada la reclamación por la Agencia, que debe resolver en 6 meses, y si no lo hace el silencio administrativo es positivo, por tanto la persona afectada podrá considerar estimada su reclamación.

Y aquí nos encontraremos con otra dificultad, tanto si hay resolución de la autoridad competente estimando la reclamación, como si se produce por silencio administrativo: ¿De que manera se hará cumplir esta al responsable del tratamiento?

No hay respuesta. Por tanto en determinadas circunstancias no será posible tutelar de manera efectiva esos derechos que forman parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal.

ISBN 978-84-694-0081-4

4. Conclusiones: propuesta de líneas de trabajo

A modo de conclusión, y como resultado de las primeras reflexiones que se derivan de las cuestiones planteadas: deficiencias en el ejercicio de derechos por parte de los usuarios de las redes sociales y falta de mecanismos para hacer efectiva la tutela de los derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición, cuando el responsable del tratamiento se encuentre fuera del Espacio Económico Europeo, se podrían proponer algunas líneas de trabajo.

En relación al ejercicio de derechos.

a) La exigencia de mecanismos de identificación y autenticación más robustos, sin necesidad de perdida del anonimato, pero garantizando en todo caso quien es realmente el usuario de un servicio de redes sociales, cuestión especialmente relevante en el caso de menores de edad, y sin que eso suponga que los niveles de identificación más robusta deban trasladarse necesariamente a otros servicios.

b) Revisar y concretar más el concepto de tratamientos relacionados con actividades personales o exclusivamente domesticas, a fin de que tal vez, en algunas circunstancias, la persona física que publica datos de carácter personal de terceros en una red social debería tener responsabilidades relacionadas con el tratamiento y la aplicabilidad de los principios de la protección de datos de carácter personal

c) Ampliar, en el caso de las redes sociales, el contenido del derecho de acceso, ya que no basta que se proporcione la información contenida en el perfil, si no también aquella resultado de los tratamientos realizados por el responsable del tratamiento como prestador de un servicio de redes sociales, y que pueden dar lugar a la configuración de un perfil de personalidad o de comportamiento

d) Valorar si en el caso de las redes sociales, cuando se dan situaciones de fallecimiento del titular de un perfil, suponiendo que puedan identificarse, pueden ampliarse las posibilidades de ejercicio de derechos de las personas vinculadas, no limitándose exclusivamente al derecho de cancelación, incluyendo también el derecho de acceso, ya que puede resultar relevante en determinadas circunstancias

ISBN 978-84-694-0081-4

En relación a la tutela de derechos.

a) Crear mecanismos de cooperación internacional que permitan la efectiva tutela del derecho y por tanto del cumplimiento de las resoluciones derivadas de los procedimientos de tutela tramitados por las autoridades de protección de datos.

b) Utilizar mecanismos de resolución de estas cuestiones más adecuados al contexto de Internet, como los basados en la resolución de disputas en línea (ODR en sus siglas en ingles), que resultan menos pesados y burocráticos, especialmente si tienen su origen en la voluntariedad de sumisión al arbitraje, aunque pueda venir inducido o regulado por las propias autoridades de control, o en el contexto de una “Binding Corporate Rules” (BCR)

c) Buscar otros criterios, menos volátiles, para la determinación de la legislación aplicable, o al menos complementar los existentes, de manera que en ciertas circunstancias no dependan tanto de cuestiones técnicas o de “pequeños ficheros”.

ISBN 978-84-694-0081-4

III. Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet

Esperanza Gómez Corona

Profesora contratada doctora de Derecho constitucional

Universidad de Sevilla

Resumen:

La revolución que ha supuesto en el mundo de la comunicación la aparición de Internet nos obliga a reelaborar algunos de los conceptos tradicionales que ya no responden de manera adecuada a los problemas que plantea la comunicación en la red. En este sentido, las libertades comunicativas, encuentran un ámbito en el que pueden ejercerse de manera casi ilimitada. Los condicionantes materiales a la comunicación prácticamente han desaparecido y un simple teléfono móvil permite enviar fotos, vídeos o texto, que de manera instantánea pueden llegar a un número ilimitado de personas. Sin embargo, al mismo tiempo, el desarrollo de la tecnología pone en riesgo esas mismas libertades, que se ven amenazadas por sofisticados sistemas de control de la información.

Este cambio de escenario, que permite la comunicación y transferencia instantánea de datos con cualquier parte del mundo, nos obliga a repensar los términos en que deben desenvolverse las libertades comunicativas, que tendrán que ser analizadas y garantizadas desde estas nuevas coordenadas. La necesaria redefinición de las categorías clásicas exige a su vez una reinvención de los límites tradicionales de las libertades comunicativas. Entre estos límites, ha cobrado especial protagonismo el estudio de la intimidad en el ciberespacio y, profundamente ligado a él, el derecho de autodeterminación informativa, construido a partir del 18.4 CE. Ambos están acaparando todo el protagonismo en cuanto a los límites de las libertades comunicativas en este nuevo escenario.

Menos habitual resulta el análisis de las posibilidades del derecho a la propia imagen como límite en el contexto virtual. No es de extrañar si tenemos en cuenta la escasa operatividad de este derecho fundamental como freno frente a la actividad de los medios de comunicación tradicionales.

ISBN 978-84-694-0081-4

La relativa novedad de este derecho no ha permitido aún que el mismo desarrolle todo su potencial en tanto que derecho fundamental. Puede que ello explique la escasa atención que se está prestando a la reflexión sobre este derecho fundamental en el contexto virtual.

Sin embargo, asistimos aun auge sin precedentes de lo audiovisual y la imagen ha desplazado a la palabra. La definición del papel del derecho fundamental a la propia imagen resulta esencial para poner freno a aquellas actividades que amparándose en las libertades comunicativas, excederían su ejercicio por vulnerar un derecho de rango fundamental. Antes de ello, conviene aproximarse al propio contenido y alcance de este derecho fundamental.

Palabras clave: *Derecho fundamental a la propia imagen, intimidad, protección de datos, nuevas tecnologías, Internet*.

1. El derecho a la propia imagen en la Constitución española

La Constitución Española en su artículo 18.1 establece que "se garantiza el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen". A pesar de la alusión al derecho en singular, el constituyente español estaba consagrando de manera expresa y autónoma el derecho fundamental a la propia imagen, lo que además de resultar una novedad en nuestra historia constitucional, constituye una rareza en el Derecho Constitucional comparado[514].

Este carácter autónomo ha sido puesto de relieve por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones: "se trata de un derecho autónomo que dispone de un ámbito específico de protección (…)"[515].

---

[514] Sólo Portugal lleva la protección de la propia imagen a su norma fundamental y lo hace en la reforma de 1982 por lo que, en contra de la opinión más extendida, no sería el texto portugués el que influiría en el constituyente español sino a la inversa Tampoco los textos internacionales recogen este derecho fundamental. No lo hace el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, lo que parece lógico dada la fecha de su aprobación; pero tampoco la mucho más reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

[515] SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. Tercero; 99/1994, de 11 de abril, F.J. Quinto; 81/2001, de 26 de marzo, F.J. Segundo y 139/2001, de 18 de junio, F.J. Cuarto, entre otras.

Carácter autónomo que no empece, sin embargo, su estrecha conexión con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad:

> "En la Constitución Española este derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional"[516].

Esta estrecha relación tiene su reflejo en la definición de su objeto, que estaría conformado, según la jurisprudencia constitucional, por "el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal y en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo"[517].

En lo que respecta a su contenido, el Tribunal ha considerado que "la facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o la difunde"[518].

La alusión a la obtención o captación, reiterada cada vez que se ha pronunciado sobre este derecho fundamental, amplía su radio de acción hasta el extremo de incluir en su ámbito de protección la mera captación de la imagen sin el consentimiento del titular. Este hecho ha sido duramente criticado por la doctrina que no ve razones para penalizar la mera captación[519], hecho que no encuentra parangón en el Derecho comparado[520].

---

[516] STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 2º.

[517] STC 99/1994, de 11 de abril, F.J. 5º.

[518] SSTC 81/2001, 26 de marzo, F.J. 2º, 139/2001, de 18 de junio, F.J. 4º, entre otras.

[519] En este sentido se pronuncian, entre otros, BLASCO GASCÓ, que lo considera una clara limitación a la libertad individual no suficientemente justificada. BLASCO GASCÓ, F.P., "Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen", *Bienes de la personalidad*, Murcia, Universidad de Murcia, 2008, p. 15. En idéntico sentido, GITRAMA GONZÁLEZ, M., "El derecho a la propia imagen, hoy", en *Homenaje a J.B. de Goytisolo*, vol. VI, Madrid, Consejo General del Notariado, 1990, p. 215 o DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "El derecho a la propia imagen", en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.), *Veinticinco años de aplicación*

Sin embargo y a pesar de estas objeciones, atendiendo a las palabras del Tribunal Constitucional, pocas dudas caben de que la mera captación de la imagen forma parte del ámbito de protección del derecho. Ahora bien, una cosa es afirmar esto y otra muy distinta hacer operativa esta facultad en relación con la mera captación sin poner en riesgo otros derechos, como el derecho a la información que ampara la difusión de la imagen si concurren determinados requisitos.

En lo que respecta a la imagen cuya captación, publicación o difusión pueda provocar lesión en el derecho fundamental, resulta esencial que en ella sea reconocible su titular. En otro caso, no nos situaríamos en el ámbito del derecho fundamental pues difícilmente podría reconducirse la lesión del derecho a la dignidad de la persona. En este sentido, el Tribunal ha destacado como "el aspecto físico, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo"[521].

O más gráficamente incluso,

> "en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2)"[522].

De esta manera, la *recognoscibilidad* constituye un elemento fundamental para que podamos hablar de una lesión al derecho a la propia imagen.

---

de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 162 y 163.

[520] En lo que respecta a la situación en el ordenamiento italiano, puede consultarse DE CUPIS, A., *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950. Más reciente, GALGANO, F., *Diritto Civile e commerciale,* Padova, Cedam, 1990, p. 165.

[521] STC 156/2001, de 2 de julio, F.J. 6º.

[522] STC 72/2007, de 16 de abril, F.J. 3º.

ISBN 978-84-694-0081-4

2. La escasa operatividad de la propia imagen constitucional frente a los medios de comunicación tradicionales

A pesar de que el Tribunal Constitucional ha definido con precisión el alcance de la propia imagen, en la práctica este derecho de la personalidad no parece actuar como un auténtico límite frente a la actividad de los medios de comunicación. Especialmente llamativo resulta, a mi juicio, la enorme conflictividad judicial desatada como consecuencia de la actividad de la llamada prensa de entretenimiento o prensa rosa, aunque también contamos con algunos casos que se han resuelto de una manera discutible en el ámbito del conflicto con la libertad de información[523].

Sobre las razones de esta inoperancia, encontramos numerosos y variados argumentos. Avanzamos ya que los problemas que plantea el derecho fundamental a la propia imagen como límite frente a la actividad de los medios de comunicación tradicionales, persisten en el ámbito de las nuevas tecnologías, en el que además se suman otros específicos de la red, de los que daremos cuenta más adelante.

Entre las causas que podrían explicar la escasa operatividad del derecho fundamental a la propia imagen como límite, podemos citar las más relevantes:

- La discutida autonomía del derecho a la propia imagen
- Su doble naturaleza: personal y patrimonial
- Las dudas en la determinación de su contenido
- La titularidad del derecho por los "personajes públicos"

[523] STC 72/2007, de 16 de abril. La resolución resuelve un recurso de amparo originado en la publicación de una fotografía de una policía municipal tomada en el curso de un desalojo. En la foto, que aparece en portada, la demandante aparece en primer plano y con el rostro perfectamente visible, vestida con su uniforme oficial y en actitud de inmovilizar y detener a una persona en el suelo. El Tribunal Constitucional estima que en este caso debe prevalecer el derecho a la libertad de información, a pesar de que reconoce que la fotografía reproduce de forma nítida el rostro de la demandante y que se produjo sin su consentimiento. En este caso, además, el Tribunal renuncia a efectuar un juicio de proporcionalidad, al afirmar que "aunque es cierto que la utilización de cualquier técnica de distorsión u ocultamiento del rostro de la demandante habría posibilitado que la noticia del desalojo violento hubiera llegado a los lectores de igual manera y sin merma alguna (…)". Sobre la jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la propia imagen puede verse mi trabajo "La construcción jurisprudencial de la propia imagen constitucional", *Estudios de Deusto*, Vol. 58/1, 2010, pp. 11-45.

ISBN 978-84-694-0081-4

- Los criterios de delimitación del contenido a la propia imagen: usos sociales y actos propios.

2. 1. La discutida autonomía del derecho a la propia imagen.

La configuración expresa del derecho a la propia imagen en la Constitución Española no acaba con los problemas de delimitación que desde su primera formulación acompañan a este derecho. A esta confusión inicial, contribuye su caracterización como *derecho de la personalidad*[524], categoría que adolece de una notoria falta de concreción[525] y que no contempla una lista cerrada de derechos[526].

Los mayores problemas se plantean en relación con el derecho a la intimidad, cuyo contenido está mucho más próximo al del derecho a la propia imagen. Como ha destacado Pérez Royo, "el derecho a la propia imagen es un derecho complementario del derecho de la intimidad, del que resulta difícilmente distinguible"[527].

A esta estrecha conexión entre ambos derechos, que obstaculiza la delimitación del ámbito realmente protegido por el derecho a la propia imagen hay que añadir "la dificultad de establecer una noción precisa del derecho a la intimidad"[528]. Como ha destacado Azurmendi Adarraga, "la ausencia de una noción suficientemente clara del derecho a la intimidad y el hecho de que se haya pretendido obtener esa claridad conceptual a partir de

[524] El artículo 1.3 de la L.O. 1/82, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, recoge la dogmática tradicional clásica sobre los derechos de la personalidad, al destacar que "El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible".

[525] GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Voz* Imagen (derecho a la propia), *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. XI, Barcelona, Seix, 1962, p. 312.

[526] Autores como DE CUPIS han aludido al carácter dinámico de los derechos de la personalidad que precisamente por fundarse en la personalidad misma, en la esencia humana, están en constante movimiento para hacer frente a las cambiantes circunstancias sociales y a las nuevas necesidades. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, ob. cit., pp. 28 y ss.

[527] PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2007, Undécima edición, p. 336.

[528] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., "El derecho a la intimidad", en AAVV, *Honor, Intimidad y Propia Imagen, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. KKKV, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 24.

ISBN 978-84-694-0081-4

la casuística, ha impedido que la L.O. manifieste con precisión la autonomía de ambos derechos”[529].

Ciertamente, la reproducción o publicación de la imagen de personas, sin su consentimiento, cuando no se están desarrollando acciones que cabría calificar de íntimas, merecen el reproche del ordenamiento. Lo que sucede es que en la conciencia social parecen estar muy entrelazados intimidad e imagen, de manera que la captación de la imagen en un lugar abierto al público no suele provocar rechazo. Sobre todo, en el caso de los personajes que podríamos denominar públicos, como se verá más adelante.

2. 2. La doble naturaleza del derecho a la propia imagen.

La imagen, cada vez más, constituye un bien susceptible de tráfico jurídico, con un indudable valor patrimonial no sólo en el caso de personas que ejercen profesiones directamente vinculadas a la misma, como los modelos, sino además en otros ámbitos profesionales en los que resulta habitual su comercialización, por su valor publicitario, como es el caso de los deportistas profesionales.

Este hecho, de no ser observado en sus justos términos, puede provocar equívocos derivados de la confluencia o confusión de ambos planos. Ciertamente, resulta difícil de concebir que el objeto principal de un derecho de rango fundamental pueda ser sometido al tráfico jurídico dando lugar a rendimientos patrimoniales.

Sin embargo, incluso en el caso de cesión consentida de la imagen, una vulneración de los términos del acuerdo puede afectar a la dignidad de la persona y, en consecuencia, al derecho fundamental. En este sentido, es precisamente la afectación a la dignidad de la persona la que debe indicar cuando estamos ante una vulneración del derecho fundamental. Para que eso suceda será exigible, como mínimo, la recognoscibilidad del titular[530]. El

[529] AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, Civitas, 1997, p. 191.

[530] Esta exigencia aparece ya en la conocida sentencia del pregonero, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 9 de junio de 1967. En este caso, se resuelve la demanda interpuesta por el actor, que había sido pregonero de la Fiesta del Pilar, a raíz de la publicación de su foto, vestido con el traje típico, en una guía de la ciudad, autorizada por el propio Ayuntamiento. La Audiencia desestima la demanda, entre otros motivos, porque en la foto no se le reconoce. También en la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos supuestos en los que se considera que no existe lesión del derecho a la propia imagen por el

uso de la imagen que no permita identificar a su titular muy difícilmente podrá ser considerada como un uso contrario al derecho fundamental, pues falta un elemento esencial, la conexión de la imagen con el sujeto. Sin embargo, creo que podría dar lugar a una indemnización económica vía protección civil si se ha obtenido algún tipo de beneficio de su uso inconsentido.

El Tribunal Constitucional ha admitido esta naturaleza bifronte del derecho, destacando como "mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad"[531].

Resulta difícil de establecer una construcción general sobre los contenidos que cabe incluir en el derecho moral y patrimonial a la propia imagen, respectivamente[532].

Parecería lógico sostener, de entrada, que los desencuentros relativos a los términos de un acuerdo concreto sobre cesión de la imagen, como el relativo a la cuantía de la contraprestación, si la hay, forman parte del derecho patrimonial. Sin embargo, la utilización de la imagen sin consentimiento afecta al derecho fundamental y, en ocasiones, aún existiendo acuerdo previo, la publicación de imágenes más allá de los términos del contrato puede afectar a la esfera moral y, por consiguiente, constitucional del derecho.

Lo único que cabe es realizar un análisis caso por caso, lo que a la postre, contribuye a degradar en cierta medida el derecho fundamental ante la imposibilidad de realizar *a priori* una determinación clara del contenido propio del derecho fundamental frente al patrimonial. También esto redunda

---

mismo motivo: en las SSTS de 9 de julio de 2004 y de 4 de mayo de 2005, la utilización de la imagen de una persona víctima de un atentado de ETA en una campaña de promoción del turismo de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de una persona fallecida en un accidente en un reportaje sobre la actividad comercial del puerto de Cartagena se saldan con la negativa del Tribunal Supremo a recurrir a criterios externos a las propias imágenes para identificar a las personas y considerar así vulnerado su derecho fundamental a la propia imagen.

[531] STC 117/1994, de 25 de abril, F.J. Tercero.

[532] "Pues bien, en el caso aquí enjuiciado no cabe duda de que el derecho concernido no es el derecho constitucional a la propia imagen. Para llegar a esta conclusión y resolver el caso planteado, no es necesario elaborar en abstracto una doctrina general acerca de los elementos que permiten distinguir entre la dimensión moral y patrimonial del derecho a la propia imagen" (STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. Tercero).

ISBN 978-84-694-0081-4

en la escasa operatividad real de este derecho frente a la actividad de los medios de comunicación.

2. 3. Las dudas en la determinación de su contenido.

Si la recognoscibilidad del individuo es imprescindible para que pueda hablarse de imagen “propia” y, en consecuencia, para que nos podamos situar en el ámbito protegido de ese derecho fundamental, cabe plantearse si esa protección se extiende a otros atributos que también cumplen esa función de identificación, si bien de una manera más mediata. Me refiero básicamente a la voz y al nombre que, aunque de forma diversa, también pueden identificar al individuo.

Tanto el nombre como la voz encuentran protección en el ámbito de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuyo artículo 7.6 considera intromisión ilegítima: “La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. La propia jurisprudencia ha aplicado este precepto para sancionar el uso inconsentido del nombre con fines publicitarios[533].

La única duda, por tanto, estriba en discernir si el uso inconsentido del nombre o de la voz estarían protegidos, entre nosotros, por el derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 CE, lo que atribuiría protección con independencia del fin que persiguiera el uso no autorizado de éstos.

La postura mayoritaria pasa por rechazar este concepto extensivo de imagen que contiene la L.O. 1/82, de 5 de mayo y que incluye la voz y el nombre, entendiendo que el mismo no alcanza al derecho fundamental, sino que se concreta en la existencia de una acción civil por el uso inconsentido de los mismos con un fin lucrativo. O, por decirlo con otras palabras, que la protección del nombre o de la voz sólo puede predicarse del derecho de naturaleza patrimonial y no del de rango constitucional[534].

---

[533] SSTS de 21 de enero de 1988 (caso Antonio Gades), de 5 de octubre de 1989 (caso César Manrique) y de 26 de noviembre de 1990 (caso Marqués de Bradomín).

[534] En este sentido se pronuncia PASCUAL MEDRANO: “mientras que el titular está facultado para decidir sobre la captación, reproducción o publicación de su propia imagen, cualquiera que sea la finalidad de dichos usos, respecto al nombre y a la voz, únicamente

ISBN 978-84-694-0081-4

Sin embargo, creo que es una cuestión no resuelta que requiere de alguna aclaración por parte del Tribunal Constitucional. Hasta la fecha y aún cuando había negado la existencia de un hipotético derecho a la voz[535], ha afirmado:

"El derecho a la propia imagen, reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución al par que los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad, y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen su identidad o su voz"[536].

Estas manifestaciones, reiteradas en una recientísima sentencia, la STC 23/2010, de 27 de abril, podrían indicar que se abre el camino para poner coto a cierto tipo de publicaciones en los que se obtiene un

---

dispone de la facultad de decidir sobre su utilización comercial. La voz y el nombre se protegen así sólo en cuanto se utilicen con fines comerciales, publicitarios o similares. PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido y límites*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, p. 62. En el mismo sentido, DE VERDA Y BELMONTE, J.R., que señala que "lo que sucede es que la tutela civil, no sólo se extiende a la imagen, sino igualmente a otros atributos de la persona, que también son bienes de la personalidad, en la medida en que, como sucede con la figura, identifican al individuo y lo hacen reconocible ante la sociedad, por lo que han de ser considerados objetos de un derecho, distinto al de la propia imagen". DE VERDA Y BELMONTE, J.R., "El derecho a la propia imagen", en DE VERDA Y BEAMONDE, J.R. (coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, ob. cit., pp. 162 y 163.

[535] "Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones). La grabación en sí -al margen su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético «derecho a la voz» que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada *ad extra* y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982: «utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga)" (STC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J. Octavo).

[536] STC 117/1994, de 25 de abril, F.J. Tercero.

ISBN 978-84-694-0081-4

rendimiento económico a través de la explotación de la identidad de otras personas, ya sea a través de su imagen, su voz o su nombre.

2. 4. La titularidad del derecho por los "personajes públicos"

Al igual que sucede en el caso de los otros derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE, la inclusión de una persona en la difusa categoría de los "personajes públicos" puede afectar al ámbito de protección del derecho a la propia imagen.

Este hecho tiene una plasmación concreta en nuestra legislación. La L.O. 1/82, de 5 de mayo, que utiliza la técnica de enumerar las conductas consideradas como intromisiones ilegítimas en los tres derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE, muchas veces sin especificar a cuál se refiere, establece en su artículo 8.2 que, "en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público".

El Tribunal Constitucional ha admitido expresamente la necesidad de modular el contenido de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE, cuando el titular es un personaje público:

> "los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos" (STC 171/1990, de 12 de noviembre, F.J. Quinto).

Sin embargo, una cosa es admitir esta modulación y otra muy distinta considerar que la inclusión del titular en la ambigua categoría de personaje público constituye una patente de corso para poder difundir cuantas

ISBN 978-84-694-0081-4

informaciones e imágenes se considere oportuno. Además, si se atiende al texto de la sentencia, el Tribunal Constitucional alude al ejercicio del derecho de la información, lo que modifica sustancialmente las cosas[537].

La óptica adecuada para interpretar correctamente este precepto legal parte del concepto de "relevancia pública" y de la necesaria ponderación con las libertades de información y expresión del que el derecho a la propia imagen, como el honor y la intimidad, es un límite preciso según reza el artículo 20.4 CE. En lugares abiertos al público, el personaje público gozará de derecho a la propia imagen. Lo que sucede es que es posible, y digo sólo posible, que este derecho tenga que ceder si se emite una información de relevancia pública o se trata de un acto público, como un partido de fútbol, el estreno de una película o un mitin. En otro caso, su derecho a la propia imagen debe prevalecer.

2. 5. Los criterios de delimitación del contenido a la propia imagen: usos sociales y actos propios.

Si como se viene argumentando, la delimitación del ámbito de protección del derecho fundamental a la propia imagen presenta de por sí dificultades que derivan de la íntima conexión con otros derechos, como el de la intimidad y del hecho de que no existe ni en Derecho Comparado ni en los textos internacionales un reconocimiento autónomo del mismo que nos ayude en esta tarea de delimitación, la cuestión se complica todavía más si atendemos a la L.O. 1/82, que establece, como criterios de delimitación de los derechos fundamentales que regula, los usos sociales y los actos propios.

En concreto, el artículo 2.1 dispone que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia". El porqué de esta remisión nos lo explica el legislador en la Exposición de Motivos: "además de la delimitación que pueda resultar de la leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y

[537] En el ámbito del derecho a la información, la categoría de personaje público guarda relación con el concepto de relevancia pública de manera que, en ocasiones, un hecho que de por sí no es relevante, puede convertirse en tal por la persona que lo protagoniza. Por ejemplo, que un ciudadano anónimo incurra en una infracción leve del Código de circulación difícilmente podría ser considerado de relevancia pública. Si el que la comete es el Director General de Tráfico, sí.

ISBN 978-84-694-0081-4

familiar y del uso de la imagen está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma, la cuestión se resuelve en la Ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas".

Ciertamente, el precepto puede provocar efectos indeseables si no se interpreta correctamente. A título de ejemplo, podría considerarse parte de esos usos sociales la persecución a que diariamente son sometidas muchas personas a las que se acosa para captar unas imágenes y en ocasiones para provocar reacciones airadas que producen muchos minutos de "entretenimiento". De hecho, en algún pronunciamiento el Tribunal Supremo ha considerado que "los usos personales del mismo y los usos sociales en general eliminan el concepto de intromisión en la intimidad"[538]. Sin embargo, el sentido del precepto legal no puede ser ese y, si lo fuera, habría que considerarlo contrario al derecho fundamental reconocido en la Constitución.

Si la alusión a los usos sociales hay que tomarla con suma cautela, lo mismo sucede con la inclusión de los "actos propios" como criterio delimitador del ámbito de protección. A mi juicio, el único "acto propio" que cabe admitir para proceder a esa definición del ámbito de protección del derecho en el caso de la propia imagen, es el consentimiento, que debe ser además expreso e interpretado de manera estricta[539]. El consentimiento no constituye una renuncia del derecho, sino una causa de extinción de la responsabilidad dado que convierte la intromisión en legítima. Si el titular consiente, no hay lesión a su derecho fundamental que está reconocido en la Constitución, precisamente para protegerle. Si el titular no requiere de esa protección porque está de acuerdo con la intromisión, la misma no puede ser tildada de ilegítima.

De esta manera, parece instalada entre nosotros cierta reticencia a considerar que las personas que habitualmente comercian con su imagen no gozan del derecho a impedir su captación o reproducción en los mismos

---

[538] Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997, que resuelve el caso Alberto Alcocer, que daría lugar posteriormente a la STC 83/2002, de 22 de abril.

[539] La doctrina civilista se ha ocupado profusamente del consentimiento en esta materia. Al respecto, puede consultarse, entre otros muchos, GITRAMA GONZÁLEZ, M., "El derecho a la propia imagen, hoy", ob. cit.

ISBN 978-84-694-0081-4

términos que el resto de los ciudadanos. El argumento sería que, según se desprende de sus propios actos, consienten este tipo de intromisiones de manera habitual, por lo que no pueden pretender que en un momento dado sean consideradas ilegítimas.

Afirmaciones de este tenor pueden dejar vacíos de contenido los derechos fundamentales de toda una categoría de personas que además son las que, por su condición de personajes públicos, más dificultades encuentran para esgrimir el derecho a la propia imagen frente a las actividades de los medios de comunicación.

Sea como fuere, en un Estado de Derecho no puede esgrimirse la conducta previa de un sujeto para analizar si determinada intromisión en un derecho de la personalidad es o no legítima. En todo caso y, dada la virtualidad del consentimiento en este punto, lo único que cabe hacer es analizar caso por caso, en orden a constatar si ese consentimiento ha existido. Recordemos como nuestra jurisprudencia ha reconocido que el consentimiento para posar en una foto no entraña que se consienta su posterior difusión[540].

Todos estos problemas, que a mi juicio empañan la labor garantista del derecho fundamental a la propia imagen frente a los medios de comunicación tradicionales, no sólo persisten en el mundo digital sino que, por sus mismas características, tienen un efecto aún mayor por las enormes posibilidades de la red. Asimismo, existen circunstancias directamente derivadas del desarrollo de las TIC que están contribuyendo a que esa virtualidad del derecho a la propia imagen sea aún menor.

3. Propia imagen, nuevas tecnologías e internet

3. 1. Internet, un nuevo escenario

En los últimos años hemos asistido a una auténtica revolución en los modos de comunicación. Las TIC están desplazando los cauces tradicionales de comunicación para dar paso a otras formas en las que las categorías clásicas resultan insuficientes para explicar la nueva realidad. El caso Gubler, el que fuera durante años médico personal de Miterrand, es un caso

[540] Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1996.

ISBN 978-84-694-0081-4

paradigmático de la inoperancia de las categorías clásicas para afrontar los problemas derivados de la comunicación virtual[541].

Elemento central en este nuevo escenario es el ejercicio sin precedentes de las libertades de comunicación e información[542]. La inexistencia de condicionantes materiales, a diferencia de lo que sucede con los medios clásicos de comunicación y el acceso libre de cualquier usuario, sin necesidad de conocimientos técnicos avanzados, lo posibilitan.

Como consecuencia de esta ausencia de obstáculos materiales y económicos, la producción de información ha dejado de ser monopolio de los medios de comunicación institucionalizados para pasar a un sistema en el que cualquiera puede erigirse en emisor y donde, además, la información se caracteriza porque ya no es estática sino que se enriquece, se modifica conforme circula, de manera que las categorías de emisor y receptor sólo de una manera muy imperfecta pueden aplicarse a la comunicación virtual.

Aunque los medios institucionalizados de comunicación han dado el salto a la red, se han visto superados por los nuevos modos de transmisión de información. Así, las páginas webs y, sobre todo, los blogs, se erigen en auténticas plataformas para el ejercicio de las libertades comunicativas.

Pero la red también ha traído consigo nuevos peligros para el ejercicio de estas libertades. Como se ha destacado, "la red es un espacio mucho más controlable que el mundo real"[543].

---

[541] En enero de 1996, a los 10 días de la muerte de Miterrand, el que había sido durante años su médico personal publicó un libro (*Le Grand Secret*), en el que describía la evolución de su enfermedad. A los 10 días de la publicación del libro, un tribunal francés prohibió temporalmente la distribución del libro y en octubre de 1996, el Tribunal Grande de París obligó a indemnizar a los familiares por la publicación del libro y mantuvo de forma indefinida la prohibición de su difusión. Sin embargo, el libro saltó a la red y, a pesar de la prohibición de publicación, se pudo acceder a él a través de diversos servidores, por lo que la prohibición de difusión en este caso no tuvo el efecto buscado. Al respecto de este caso y como resolvió el TEDH, puede consultarse COTINO HUESO, L., "Nuestros jueces y tribunales ante Internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión", en COTINO HUESO, L. (coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 150 y ss.

[542] Como ha destacado SÁNCHEZ FERRIZ, "hoy, por obra de los avances tecnológicos y en especial con la aparición del fenómeno de Internet, cabría decir que existen condiciones materiales antes siquiera imaginadas, para que las libertades públicas puedan hacerse realidad al haber desaparecido las barreras físicas que siempre las han limitado", "Las libertades públicas y su ejercicio en internet", en COTINO HUESO (coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, ob. cit., p. 78.

[543] COTINO HUESO, L., "Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los

ISBN 978-84-694-0081-4

Asimismo, los derechos de la personalidad, tradicional límite para el ejercicio de las libertades de expresión e información, parecen especialmente amenazados por un sistema en el que cuando un usuario se conecta, está abriendo una puerta a toda la información de que dispone en el dispositivo desde el que se conecta. A ello hay que añadir que la atribución de responsabilidades se complica mucho en la red, no sólo porque la preservación del anonimato es mucho más fácil[544], sino porque las figuras clásicas de redactor, editor, director, ya no tienen paralelo en los nuevos sistemas. Si a todo ello se suma que la red desborda a los Estados, la cuestión se enreda aún más.

Otro fenómeno de gran importancia y que está teniendo repercusiones que van mucho más allá del ejercicio de las libertades comunicativas, alterando toda la concepción clásica de la interconexión social, es la aparición de las redes sociales, como *facebook* o *tuenti*.

Sólo *facebook* cuenta en la actualidad con más de 500 millones de usuarios en todo el mundo, que se organizan en grupos y comparten información personal, mensajes y fotos. El éxito de este fenómeno no hubiera sido posible sin una nueva concepción de la “privacidad” de las nuevas generaciones de adolescentes que tienen su principal referente en el mundo virtual. La concepción de lo que debe quedar al margen del conocimiento ajeno parece haberse reducido hasta límites insospechados. Los jóvenes de hoy no sólo relatan sus emociones y vivencias sino que lo ilustran todo con fotografías y vídeos, renunciando así con cada una de sus acciones a mantener una esfera de reserva, ajena al conocimiento de los demás[545].

En este nuevo escenario, la imagen cobra un gran protagonismo. Internet es sobre todo un fenómeno audiovisual en el que la imagen ha ganado a la palabra.

Los avances tecnológicos han tenido mucho que ver en esto. No sólo porque la red permite el intercambio de información sonora y visual, sino

---

blogs)”, en AAVV., *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y las nuevas tecnologías*, Burgos, Universidad de Burgos, 2005¸ p. 56.

[544] Un interesante estudio sobre el anonimato en la red puede consultarse en ROIG BATALLA, A., “El anonimato y los límites a la libertad en Internet”, en COTINO HUESO, L. (coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, ob. cit.

[545] El Tribunal Constitucional ha hablado de “esfera de propia reserva personal” o de “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según pautas de nuestra conducta para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. Tercero, entre otras).

ISBN 978-84-694-0081-4

porque con un simple teléfono móvil y apretando sólo un botón se pueden grabar imágenes sin ninguna dificultad.

Todo ello coloca al derecho fundamental a la propia imagen en una posición de vulnerabilidad hasta ahora desconocida.

3. 2. Las dificultades de consolidación del derecho fundamental a la propia imagen como límite en el mundo virtual

Si, como se ha visto, el derecho fundamental a la propia imagen no acaba de desplegar todo su potencial como límite frente a la actividad de los medios de comunicación tradicionales, la situación en el mundo virtual no es muy distinta. Las causas que explican este fenómeno se reproducen y agravan en la red donde, además, se dan otras circunstancias que complican aún más la cuestión.

En las páginas que siguen, van a apuntarse fundamentalmente dos, que a nuestro juicio abundan en esta escasa consistencia del derecho fundamental a la propia imagen como límite en el ciberespacio.

a) La frontera cada vez más difusa entre lo público y lo privado

Resulta un lugar común, al abordar el estudio de las TIC, aludir al desdibujamiento de las fronteras entre lo público y lo privado[546]. Sin duda, Internet constituye una puerta abierta a informaciones que podríamos considerar íntimas, como los datos médicos. Los riesgos no sólo vienen de la mano de actividades ilícitas[547], sino que muchas de las brechas a nuestra intimidad se producen por actuaciones que, si no tienen cobertura en el ordenamiento, al menos no lo vulneran.

Un ejemplo de estos riesgos lo constituye el envío de *cookies,* archivos que permiten rastrear todas nuestras actividades en la red,

---

[546] En este sentido, MUÑOZ MACHADO, A., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 173 y ss.

[547] Sobre esta cuestión puede consultarse SÁNCHEZ MAGRO, A., “El ciberdelito y sus implicaciones procesales”, en GARCÍA MEXÍA, P. (dir.), *Principios de Derecho e Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Asimismo, MORALES PRATS, F., “Internet, Derecho Penal y Derechos Fundamentales”¸ en AAVV., *Estudios Jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, ob. cit.

ISBN 978-84-694-0081-4

proporcionando un alud de información valiosísima desde el punto de vista de la publicidad, que podrá así ofrecerse individualizada, según nuestros hábitos y gustos. Aunque durante un tiempo se enviaban sin conocimiento de los internautas, hoy, los software de navegación están concebidos de manera que los usuarios conozcan inmediatamente que ha sido enviado un *cookie* y puedan decidir si lo aceptan o no[548], aunque el usuario medio, no siempre está en condiciones de entender el alcance de su decisión.

Asimismo, la contratación de servicios en la red exige al internauta la aportación de una serie de datos personales que, si bien difícilmente pueden ser considerados íntimos, supone otra puerta de entrada a informaciones muy valiosas para las empresas de publicidad.

Más allá de estos riesgos, derivados de la gran cantidad de información alojada en la red –datos bancarios, médicos, etc.- su misma existencia nos lleva a relativizar el concepto de *público* porque cualquier persona anónima puede darse a conocer de manera sencilla y rápida, sin necesidad de protagonizar ningún suceso relevante. Personas y grupos que nunca tendrían acceso a los medios de comunicación tradicionales, ven como la red es un canal de comunicación sin límites, aún cuando presencia en la red no es sinónimo de visibilidad[549].Una muestra de ello es que resulta habitual que los medios de comunicación tradicionales se hagan eco de la existencia de movimientos –protestas, muestras de apoyo- protagonizados por personas o grupos que actúan en la red.

Asimismo, el efecto de lo que se difunde, de lo que se hace público, es mucho mayor. En los medios de comunicación tradicionales, como la prensa escrita, el efecto de lo difundido se limita a los ejemplares efectivamente vendidos que además tienen una vigencia muy efímera. Si ya la televisión cambió estos esquemas, la irrupción de Internet ha supuesto toda una revolución, dado que además de atrapar una información y poderla ofrecer indefinidamente, puede llegar a un número mucho más elevado de personas, con lo que el efecto de lo difundido se multiplica hasta límites insospechados. Además, las posibilidades de limitar los contenidos en la red son ínfimas, si

---

[548] Al respecto, MUÑOZ MACHADO, A., *La regulación y la red. Poder y Derecho en Internet*, ob. cit., pp. 175 y ss.

[549] Sobre este particular, puede consultarse el interesante trabajo de BOIX PALOP, A., “Libertad de expresión y pluralismo en la red”, *Revista Española de Derecho Constitucional,* 65, 2002.

ISBN 978-84-694-0081-4

tenemos en cuenta la inoperancia de los métodos de intervención estatales para actuar en internet, que tiene como contexto el mundo[550].

Sin negar la importancia de todo esto, que demuestra el enorme riesgo que la red supone para nuestra intimidad, habría que sumar un fenómeno que está adquiriendo unas dimensiones tales que en el futuro tendrá que ser objeto de estudio: las nuevas formas de comunicación virtual, creadas al amparo de las redes sociales.

Ciertamente, la aparición de estas redes, que constituyen nuevos portales de comunicación y relación, están alterando los esquemas clásicos de la comunicación "real", que está siendo superada por la del mundo virtual.

Creo que motivada por las posibilidades que ofrece la técnica, asistimos a una redefinición de los contornos de lo público y lo privado. Las nuevas tecnologías han posibilitado un cambio en la concepción de lo que debe considerarse íntimo y resulta habitual encontrar en Internet, sobre todo en las redes sociales -aunque también en páginas webs y blogs- datos y fotos de personas, menores de edad en ocasiones, que optan por renunciar a ese ámbito reservado a que tienen derecho para exponerlo a un número que, si bien no es ilimitado, puede ser muy amplio. Las nuevas tecnologías están implicando un cambio en esta concepción de lo privado. De otro modo, no se explica que cada vez sea mayor el número de usuarios que decide exponer detalles de su vida privada y, en ocasiones íntima, ilustrados incluso con fotografías y vídeos. La conciencia de la existencia de ese ámbito reservado parece estar, si no desapareciendo, al menos perdiendo contenido.

Los problemas se plantean, sobre todo, porque muchos de los usuarios son menores de edad, lo que exige estar vigilantes. Los cambios que se están operando en estas redes para extremar las cautelas con los menores de edad no resultan, a mi juicio, suficientes. Si perdemos la conciencia de lo privado, de lo reservado, difícilmente podrán las autoridades intervenir en su defensa.

---

[550] "A la larga, la necesaria existencia de las garantías como reducto básico que califica el Derecho penal se pone en tela de juicio desde la propia existencia del delito informático, ya que las clásicas reglas de imputación se presentan insuficientes en este Derecho penal de la globalización y de aplicación judicial por parte de los ordenamientos nacionales, inermes frente a la delincuencia transnacional. La normativa penal del XIX, manifestación coactiva del Estado territorial, asiste impotente ante los nuevos paraísos jurídico-penales y ante la diversidad de manifestaciones ilícitas, resultado de tradiciones diferentes y de sistemas de regulación penal también diversos". SÁNCHEZ MAGRO, A., "El ciberdelito y sus implicaciones procesales", ob. cit., p. 263.

ISBN 978-84-694-0081-4

La propia configuración de las redes sociales, pensadas para compartir información, no sólo con quién el usuario directamente conoce, sino también con la fórmula "amigos de amigos" o equivalente, suponen de por sí, un poderoso instrumento que está modificando los esquemas de relación. Lo que antes se compartía con tres o cuatro personas, ahora se pone a disposición de un número mucho mayor.

Sin duda, con el tiempo, esto acabará influyendo en la propia concepción social acerca de lo público y lo privado.

b) La consideración de la imagen como dato

Como se ha reseñado, el estudio de los riesgos que entraña el acceso masivo al mundo virtual ha venido de la mano, sobre todo, de la protección de datos. El derecho a la autodeterminación informativa, como lo ha calificado la doctrina, o *habeas data*, deriva del artículo 18.4 CE, que destaca que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

Al margen de la polémica suscitada sobre el carácter autónomo de este derecho, polémica zanjada por el Tribunal Constitucional[551], lo cierto es que la LORTAD[552], la primera ley de desarrollo del artículo 18.4 CE, estableció como objeto del derecho la protección de la *privacidad*. Como rezaba la Exposición de Motivos de la citada ley: "El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los

[551] "El Tribunal Constitucional ha estimado desde su primera sentencia que el precepto recoge un derecho fundamental autónomo a la par que instrumental para la efectividad de los demás derechos fundamentales". GUICHOT REINA, E., *Datos personales y Administración Pública*, Thomson-Civitas, 2005, p. 69. SSTC 254/1993, de 20 de julio, 202/1999, de 8 de noviembre; 290 y 292/2000, de 30 de noviembre.

[552] Entre nosotros, el 18.4 CE no fue objeto de desarrollo por el legislador hasta 1992, con la aprobación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Luego, la aprobación de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, hizo necesario adecuar la legislación española. La trasposición de la Directiva se llevaba a cabo con la aprobación de la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que derogó la LORTAD. Al respecto, puede consultarse GUICHOT REINA, E., *Datos personales y Administración Pública*, ob. cit., p. 61 y ss. Asimismo, ARENAS RAMIRO, M., "El derecho a la protección de datos personales como garantía de las libertades de expresión e información", en COTINO HUESO, L. (coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, ob. cit., pp. 356 y ss.

ISBN 978-84-694-0081-4

mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado".

Aún cuando la alusión a la intimidad puede resultar equívoca, el legislador es muy expresivo del objeto de este nuevo derecho fundamental. La privacidad vendría así a configurar un espacio más amplio que la intimidad, conformando por una serie de datos que, si bien no tienen por qué ser íntimos, su difusión incondicionada puede ofrecer un perfil del titular que podría llegar a afectar al libre desarrollo de su personalidad, incidiendo en la dignidad.

Existen similitudes entre el área comprendida por la "privacidad" y esa "esfera propia de reserva personal" a que ha aludido en ocasiones el Tribunal Constitucional[553]. Sin duda, en ese ámbito de reserva cabe incluir tanto los datos e informaciones concernientes a la intimidad, como la protección frente a la captación, reproducción y difusión de la imagen propia cuando sea reconocible e identificable.

Sin embargo, la Constitución relaciona la protección de datos con los derechos al honor y a la intimidad, sin aludir al derecho a la propia imagen, aún cuando se añade una referencia a los derechos en general[554]. A mi juicio, esta omisión no tiene razón de ser[555].

---

[553] STC 231/1988, de 2 de diciembre, entre otras.

[554] Artículo 18.4 CE: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

[555] Desde su redacción inicial, el precepto contenía una referencia a la protección de la intimidad y el honor. Los debates en la Comisión Constitucional se polarizaron en torno a dos posturas: los que consideraban que era innecesario el precepto, pues bastaba con la protección otorgada por el reconocimiento de los derechos a la intimidad y al honor y aquellos que lo veían necesario, pero como garantía del pleno ejercicio de todos los derechos y no únicamente el honor y la intimidad. Al respecto, puede consultarse GUICHOT REINA, E., *Datos personales y Administración Pública*, ob. cit., p. 62.

ISBN 978-84-694-0081-4

Sea como fuere, no creo que la ausencia de mención expresa al derecho a la propia imagen en el art. 18.4 CE responda a una voluntad deliberada de omitir la protección a la propia imagen. Más bien podría deberse a la dificultad de concebir este derecho como un derecho fundamental autónomo con un objeto de protección distinto del derecho a la intimidad.

Podría decirse que la consideración de la imagen como dato ha paliado esta omisión, que no habría tenido efecto alguno de no ser por la Disposición Transitoria Primera de la L.O. 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. La citada D.T. estableció que "en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18, apartado 4, de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regulará por la presente Ley". De esta manera, hasta 1992 en que se aprobó la LORTAD, la imagen quedaba al margen de la protección de datos[556].

Posteriormente, la Directiva 95/46/CE considera de manera expresa la imagen y el sonido como dato[557]. La trasposición de esta Directiva se llevaría a cabo con la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Para considerar la imagen como dato, se requiere "que se realice en ella cualquier tipo de operación (tratamiento) que la haga accesible (fichero) y que sea relativa a una persona identificada o identificable (dato de carácter personal)"[558]. De hecho, la protección de la imagen ocupa un lugar destacado en la actividad de la Agencia Española de Protección de Datos[559].

La constatación de este hecho podría parecer contraria a la tesis que aquí se sostiene: que la reconducción de la protección de la imagen a la

---

[556] En esta norma, la extensión del ámbito de protección de la ley a cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables registrada en un soporte físico susceptible de tratamiento automatizado, permite considerar la imagen como dato de carácter personal.

[557] Considerando 14.

[558] REBOLLO DELGADO, L., "El derecho a la propia imagen y la imagen como dato", *Revista Española de Protección de Datos,* 5, 2008, p. 171.

[559] Al respecto, puede consultarse la propia página de la Agencia, que contiene una información muy completa sobre sus actividades (www.agpd.es).

ISBN 978-84-694-0081-4

normativa de protección de datos va en detrimento del derecho fundamental a la propia imagen como auténtico límite.

Sin embargo, no es así. El derecho fundamental a la propia imagen protege frente a la captación, reproducción o difusión de la imagen de una persona, siempre y cuando sea identificable. A mi juicio y, salvadas las oportunas excepciones por otras razones como la libertad de información, el derecho fundamental a la propia imagen constituye el límite adecuado para proteger la difusión inconsentida de imágenes en la red.

La protección de datos exige algún tratamiento que la haga accesible. Aún cuando la interpretación que se ha hecho del ámbito de aplicación de la ley ha sido generosa, incluyendo actuaciones que con una interpretación estricta de la misma quedarían fuera de la supervisión de la Agencia de Protección de Datos, en la práctica ha reducido la protección frente a la difusión inconsentida de la imagen a la que se produce desde este ámbito.

Aunque no conviene renunciar a la protección que, desde la perspectiva de la protección de datos se está prestando a la imagen, creo que tampoco conviene limitarla a ésta. Sería como argumentar que la única garantía frente a la vulneración del derecho a la intimidad, es la que provee la normativa de protección de datos, sin poder acudir a los cauces establecidos para la protección de este derecho fundamental.

El derecho fundamental a la autodeterminación normativa cumple unos objetivos bien definidos. Sin embargo, no cabe olvidar que, al margen de la polémica de su carácter autónomo, tiene mucho de derecho instrumental, reconocido para proteger al ciudadano frente a los riesgos que el desarrollo de las nuevas tecnologías entraña para el disfrute de los derechos fundamentales.

Entres estos derechos se encuentra el derecho fundamental a la propia imagen, derecho íntimamente vinculado a la dignidad de la persona y que, al parecer, no encuentra un fácil acomodo en el mundo virtual, que constituye precisamente el ámbito en el que se encuentra más amenazado.

ISBN 978-84-694-0081-4

IV. Intimidad y redes sociales ¿cómo alcanzar la tutela penal?

Paz Lloria García

Profesora titular de Derecho penal

Universidad de Valencia

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado "Audios y vídeos del Congreso".

Resumen:

Uno de los conflictos fundamentales en la difusión informativa de todo tipo que se produce en las redes sociales es la posible vulneración del derecho a la intimidad de los usuarios, bien por actuaciones de los propios usuarios respecto de su intimidad (problemas de consentimiento) o de la de terceros, bien por la propia utilización de dicha información por los prestadores de servicios (condiciones de contratación y distribución de imágenes, datos, etc.). Las cuestiones que se derivan son múltiples y afectan tanto a la "privacy" en sentido estricto como a otras derivaciones de la intimidad (imagen, protección de datos, etc.). Sin embargo, una de las que más preocupa es, en qué medida quedan o no amparadas punitivamente algunas de las conductas que se producen en las redes sociales, y de los límites entre el derecho al honor y la intimidad con la libertad de expresión e información.

Palabras clave: *Internet, redes sociales, derecho a la intimidad, prestadores de servicios, redes sociales, libertad de expresión e información.*

1. I. Introducción

La intimidad se presenta, en el ámbito de los derechos, como un bien esencial a tutelar, lo que se constata desde su propio reconocimiento en el art. 18 de la Constitución, donde se recogen las diferentes vertientes desde la protección de datos, la imagen, el honor, etc.

Lo íntimo, es aquello que pertenece a la faceta “in-terna” del ser humano, aquello que queda en el interior y que sólo se da a conocer a quienes el sujeto entiende que puede, necesita y/o debe hacerlo. Se preserva así la obligación de guardar secreto a los que, en el ejercicio de su actividad profesional toman conocimiento de hechos, sucesos, sentimientos, etc., que pertenecen a esa esfera privada y que generalmente se excluye del conocimiento público[560].

Se prohíbe igualmente que cualquiera pueda entrar a conocer aquello que forma parte de lo íntimo en contra o sin el consentimiento del titular de tal bien. Así, la interdicción de vulnerar las comunicaciones o acceder a datos que las personas guardan para sí y/o para un círculo reducido (historias clínicas, expedientes académicos, expedientes disciplinarios, cartas, fotos, informes, comunicaciones, etc.[561].).

Pero, cierto es, que la intimidad se configura en un Estado social y democrático de derecho como un bien esencialmente disponible. Esto es, el sujeto decide cuándo, cómo, de qué manera y frente a quién desvela esas situaciones, sucesos, hechos, datos, sentimientos, etc. que le pertenecen, que son suyos y de los que puede, por tanto, disponer.

También decide en qué grado los expone fuera del ámbito de lo privado, esto es, si pretende con su comunicación exposición que dichos datos sean conocidos por sólo algunos, excluyendo al resto, o le quita importancia a su difusión.

La decisión de que determinados elementos, datos, hechos o sucesos sean conocidos, depende de múltiples factores que influyen en la toma de decisión del titular de los mismos, entre los que resulta esencial la valoración social que de la naturaleza de los mismos y su difusión se produce y la

---

[560] Para el secreto profesional, entre otros, se puede consultar, BOIX REIG, J.: “El secreto profesional” en BOIX REIG, J. (Director) y Jareño Leal, A. (Coordinadora): *La protección jurídica de la intimidad,* Madrid, 2010, págs. 93 y ss. y OTERO GONZÁLEZ, M.P.: *Justicia y secreto profesional,* Madrid, 2001.

[561] Entre otros, y para cada uno de los aspectos, FRIGOLS BRINES, E.: “La protección constitucional de los datos de las comunicaciones: delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías”, en BOIX REIG, J. (Director) y JAREÑO LEAL, A. (Coordinadora): *La protección jurídica…, cit.,* págs. 93 y ss. y bibliografía allí citada; JAREÑO LEAL, A.: *Intimidad e imagen: los límites a la protección penal,* Madrid, 2008; JUANATEY DORADO, C. y DOVAL PAIS, A.: “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes”, en BOIX REIG, J. (Director) y JAREÑO LEAL, A. (Coordinadora): *La protección jurídic…, cit.,* págs. 127 y ss.

ISBN 978-84-694-0081-4

propia conciencia del riesgo que su comunicación a terceros pueda traer para su publicitación.

Y en este punto es donde podemos encontrar cambios en el modo de concebir la idea de intimidad.

2. Intimidad/ "extimidad". El paso de lo reservado a lo público a través del uso de redes sociales

En la sociedad de la tecnología, la integración en redes sociales de los usuarios de Internet es un fenómeno que va en aumento[562] y ha dado lugar a múltiples estudios sociológicos[563]. Las redes sociales, como es sabido, son herramientas de comunicación en interacción que tienen como finalidad primordial el establecimiento de contractos entre personas que, en principio, se conocen, para poder realizar intercambios de información, bien de carácter personal, bien profesional, según la clase de red de la que estemos hablando[564].

Para incorporarse a la red social, el primer paso es crear un perfil. La creación de perfiles implica la inserción de datos identificativos. El usuario, cuando se registra crea un espacio en el que incluye datos identificativos tales como nombre, edad, dirección de correo electrónico, número de teléfono y otros referentes a su actividad ordinaria como puesto de trabajo, lugar donde cursó estudios, nivel de los mismos, aficiones, etc. y, también fotografías y videos[565].

Por tanto, el registrado, dueño del perfil, pone a disposición de una determinada comunidad (que va aumentando progresivamente[566]) una serie

---

[562] *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line,* Agencia de protección de datos, febrero de 2009, págs. 34 y ss.

[563] Entre otros se puede ver, SIBILA, P.: *La intimidad como espectáculo,* Mexico, 2008.

[564] Podemos encontrar redes sociales generalistas, de ocio, corporativas y educativas. *Vid.,*MORENO NAVARRETE, M.A.: "Aspectos jurídico-privados de las tecnologías WEB 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad", en BOIX REIG, J. (Director) y JAREÑO LEAL, A. (Coordinadora): *La protección jurídica…, cit;* págs. 339 a 342.

[565] Se estima que la herramienta más utilizada (70,9%) en las redes sociales es la descarga de fotografías o vídeos *vid, Estudio sobre la privacidad…, cit.,* pág. 59.

[566] El sujeto, con carácter general, inicia su círculo incluyendo familiares y amigos cercanos y, poco a poco, va teniendo la posibilidad de agregar más perfiles a su red,

de informaciones, imágenes y sonidos que pertenecen a la esfera de su intimidad.

En principio, cuando se produce el registro, el dueño del perfil "decide" quién puede tener acceso a tales datos, por lo que, con este punto de partida y siendo mayores de edad los sujetos que elaboran y proporcionan esta información, nada habría que objetar dado que la intimidad es un bien jurídico disponible[567]t.

Sin embargo, no parece que la cuestión sea tan sencilla, por varias razones.

En primer lugar, porque en las redes sociales las informaciones que se comparten alcanzan cada vez mayor grado de afectación a la intimidad, pues desde el primer paso del registro (donde se proporcionan los primeros datos básicos señalados la propia red incita a proporcionar cuanta más información mejor, a través de preguntas tales como ¿qué estás haciendo ahora? ¿qué estás pensando? ¿dónde vas a ir hoy?, etc.

Estas "provocaciones", unidas a la sensación de que se está en un entorno seguro en el que la información se comparte como si fuera en tiempo real y de manera presencial (esto es, como si estuviéramos charlando con un amigo tomando un café), hace que el sujeto se desinhiba y vaya ofreciendo cada vez más información en relación, por ejemplo, con su estado de ánimo, su situación sentimental, orientación sexual, religiosa, política, los eventos a los que ha acudido, el último viaje realizado…, por lo que se pasa de publicar datos personales, meramente identificativos que quizá no deban ser considerados sensibles a compartir datos que sí afectan a la esfera íntima[568].

Algo similar ocurre con la imagen. En un primer momento se publica una foto de perfil que permite reconocer a la persona y, poco a poco, se incita al sujeto a que vaya "colgando" más fotografías, de la última excursión, de una fiesta, etc., con lo que se pasa de mostrar una imagen de mero reconocimiento físico, a la exhibición de series de imágenes o videos que relatan situaciones que pertenecen claramente a parcelas de la privacidad.

---

atendiendo a puntos en común, amigos de amigos, centro de estudios, creencias religiosas, gustos musicales, programas de televisión, iniciativas solidarias, culturales, etc.

[567] La cuestión relativa a la capacidad y validez del consentimiento de los menores, resulta mucho más compleja, y no se aborda en este trabajo.

[568] *Vid.,* Dictamen 5/2009, de 12 de junio, sobre Redes sociales en línea, emitido por el Grupo de trabajo sobre protección de datos del art. 29 (011891/09/ES wp 163), págs. 5 a 8.

ISBN 978-84-694-0081-4

Toda esta actividad de exposición pública del desarrollo de la vida cotidiana, que en otros momentos quedaba limitada a un circulo reducido de conocidos, se extiende, en el mejor de los casos, al grupo de "amigos" que "se ha decidido" agregar. Sin embargo, esto no es siempre así. Por un lado, y como han puesto de manifiesto tanto los responsables de la Agencia de protección de datos[569], como los integrantes de la 30 Conferencia internacional de autoridades de protección de datos y privacidad[570], el usuario medio desconoce que, en realidad, su perfil no resulta tan "privado" como pueda parecer, pues la mayoría de redes configuran los perfiles como públicos por defecto, lo que supone que, salvo que se haya activado la herramienta de cierre del mismo, no sólo "sus amigos" (esto es, aquellas personas que ha aceptado en su página) pueden "verlo" sino que también los amigos de sus amigos, o incluso toda la comunidad (como ocurre, por ejemplo en Tuenti).

Pero, además, y en el caso concreto de las imágenes, éstas pueden difundirse por "linkeo" y "etiquetado", llegando a ser visionadas por los amigos de los amigos de los amigos, sin ningún tipo de control por parte del sujeto que aparece en la misma.

Y todo ello sin olvidar que las redes sociales más populares permiten la indexación en motores de búsqueda, lo que supone que los datos de identificación y la imagen de perfil se extienden por toda la red. Con sólo introducir nombre y apellidos en buscadores como Google se sabe qué personas están inscritas en la red (por ejemplo, Facebook) y quiénes son amigos de estas personas, apareciendo junto a la imagen, el nombre y los apellidos de la persona dueña del perfil, la imagen, nombre y apellidos de sus amigos.

De este modo, y por el desconocimiento de la difusión que pueden tener los datos publicados, hay que cuestionar que el consentimiento sea suficiente y válido para excluir la tipicidad de determinadas conductas. Junto a ello, se plantea también la situación del cambio de modelo de comunicación social. El consentimiento, viene lógicamente mediatizado por el entorno y costumbres sociales.

---

[569] *Estudio sobre la privacidad…, cit.,* págs. 73 y ss.

[570] Resolución sobre protección de la privacidad en los servicios de redes sociales, adoptada en la 30 Conferencia internacional de autoridades de protección de datos y privacidad ·celebrada en Estrasburgo (15-17 de octubre de 2008).

ISBN 978-84-694-0081-4

El sujeto, por un lado, se ve "abocado" a generar esos contactos y a mostrar dicha información, como modo de mantener y reforzar su estatus personal y social, olvidando o desconociendo que eso datos que vuelca en la red, van a alcanzar una difusión prácticamente inmanejable para él.

Efectivamente, la proliferación de datos y su publicación automática e inmediata, con una propagación desconocida hasta el momento, lleva a elaborar la idea de que se ha pasado de una sociedad en la que la intimidad jugaba un papel fundamental a otra donde la exteriorización de aspectos vinculados con la privacidad resulta básica para la expansión y mantenimiento de la "vida social".

Esto es, se va dejando de lado la idea de que hay elementos que no deber ser expuestos a la contraria: o te exhibes, o no eres nadie.

Este cambio de paradigma ha llevado a reflexionar sobre la idea de modificar el propio concepto de intimidad, e incluso de sustituirlo por la idea de extimidad.

El concepto de extimidad fue acuñado en la psicología por Jacques Lacan, con un sentido distinto al que se emplea en sociología o antropología[571].

En el día a día, la extimidad vendría a ser el contrapuesto de lo que hasta ahora marcaba el sentido de las relaciones personales. A mayor grado de cercanía, afectividad, etc., mayor intimidad, mayor confidencialidad. Sin embargo, ahora es sencillo "grafitear" en el "muro" y a la vista de "380 íntimos amigos" el último enfado con el jefe, la nueva relación sentimental, la fiesta sorpresa que estamos organizando, o el viaje que nos proponemos realizar.

Todo este espectáculo de la vida, se muestra en otros ámbitos, básicamente en los medios de comunicación[572] y fundamentalmente en la televisión. Los *realitis shows* son los que inician ese paso del anonimato a la publicidad, concibiendo el ciudadano la idea de que todo aquello que no es

---

[571] Para LACAN, la extimidad hace referencia a aquello que es tan íntimo para el sujeto que le resulta irreconocible a él mismo, porque se encuentra alojado en un lugar muy lejano de la conciencia.

[572] Recuérdese el caso de los niños británicos de 12 y 14 años que mostraron al mundo a su hija recién nacida sin ningún tipo de protección o las entrevistas a la "ex –novia" del presunto asesino de Marta del Castillo, una menor que realizo diferentes manifestaciones públicas en torno a datos de su relación personal con el investigado en televisión.

ISBN 978-84-694-0081-4

visto, en realidad, es "como si no existiera"[573]. El fenómeno provoca que las personas se definan, cada vez más, por los aspectos de su intimidad que muestran a otros, fenómeno especialmente constatable en los menores.

Este sería el escenario en que un sujeto se mueve en la actualidad. Un mundo en el que "la vida en directo" le permite construir su propio yo, por lo que vuelca, cada vez más y más información. Con ello, conforma la visión que pretende que los demás tengan de él, su entendimiento de las relaciones y su propio mundo social.

Si todo ello se lleva a cabo de una manera libre y consentida, nada hay que objetar desde el punto de vista estrictamente jurídico. La cuestión es, si, efectivamente, ese consentimiento resulta válido para enervar la tutela jurídica, y más concretamente la penal y, en el ámbito que nos ocupa hoy, en relación con los diferentes atentados contra el honor.

3. Derecho penal y consentimiento. ¿Cómo proteger la intimidad/honor desde la extimidad?

Que la intimidad y sus proyecciones precisan de tutela penal es algo que no merece discusión, al igual que tampoco se plantean dudas en torno a la disponibilidad del bien. Por lo tanto, en la medida en que el sujeto emita manifestaciones que afecten a su esfera íntima, personal, en la medida que publicite sus propias imágenes, en la medida en que aquello que "publica" pertenece a su propia *privacy,* el único problema con el que nos tropezamos en el ámbito penal es la *validez del consentimiento* para evitar la inclusión en esferas punitivas d las actuaciones de terceros y que no afectan a este trabajo.

La cuestión es ¿hasta qué punto puede intervenir el derecho penal cuando el sujeto, en la dinámica propia del uso de la red social, se manifiesta en relación con los comentarios, publicaciones, imágenes que difunden los otros usuarios? Sobre todo en la medida en que dichos comentarios, publicaciones, imágenes, etc., puedan afectar a la intimidad o al honor de los mismos.

[573] Con la consiguiente explotación comercial también, como ocurrió en el caso de Jade Goody y la retransmisión de su muerte en directo.

ISBN 978-84-694-0081-4

El clásico límite entre libertad de expresión y derecho al honor que ese maneja en las manifestaciones que se realizan a través de los medios de comunicación ¿es trasladable al mundo de la comunicación "privada" que se produce en la red social?

El Tribunal Constitucional viene configurando clásicamente los límites entre la libertad de expresión y el derecho al honor en atención a los criterios de relevancia pública de la información[574] y la veracidad de la misma, siendo con carácter general preferente al primera respecto de la segunda, atendiendo tanto a la proyección pública[575] de la persona sobre la que versen las informaciones, como por el carácter de interés que las mismas puedan tener para el público en general[576]. Todo ello sin olvidar la gravedad de las expresiones emitidas consideradas de manera objetiva.

Junto a ello, es también una constante jurisprudencial atender al contexto[577] donde tales afirmaciones se emiten y a la existencia o no del *animus injuriandi*, que quedaría excluido en los casos en los que las manifestaciones se producen *iocandi causa*.

La libertad de expresión no coincide tampoco con la libertad de información. La primera refiere a la formulación de juicios, opiniones o creencias, mientras que la segunda afecta a la publicación de hechos o noticias.

Ante este panorama, las cuestiones que pueden surgir son:

1º.- Cuándo un sujeto comenta la foto de la última fiesta de su "amigo" virtual, y, por ejemplo, emite insultos que pueden ser tenidos por vejatorios ¿son de aplicación las reglas generales de resolución del conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor?

2º.- Cuándo un sujeto, publica un comentario o una imagen en la que parece "su amigo" que pueden llegar a ser ofensivas, o en la que se ponen de manifiesto hechos o actitudes lesivas de su honor ¿nos encontramos en presencia de la "difusión privada" de la lesión o estamos ya en un concreto "ámbito público"?

---

[574] Entre otras, STC 232/1993, Sala segunda.

[575] Entre otras, SSTC 134/1999, Sala primera; 197/1991 y 115/2000, Sala segunda.

[576] Por todas, STC 173/1995, Sala segunda.

[577] STC 173/1995, Sala segunda.

ISBN 978-84-694-0081-4

Al margen de la posible responsabilidad o no de los prestadores de servicios por las opiniones emitidas en sus foros ¿cuál es la responsabilidad del usuario[578]/[579]?

Si los límites desde el punto de vista tanto del derecho a la información, como de la libertad de expresión en el mundo de la comunicación en general son la veracidad y el carácter público del culpable, valorados en el contexto o entorno donde se emiten y la relevancia de la información:

1º.- ¿Podemos decir que en el entorno de la red social, en la que se participa, el sujeto se ha convertido en una especie de "personaje público", lo que obliga a soportar ciertas intromisiones que no se darían de no participar en la misma, en la medida en que consiente en la difusión de ciertos datos y circunstancias de su vida privada?

2º.-En función de aquello que se va contando en el entorno virtual (muro, estado, actividades, páginas, etc…), ¿ se pueden llegar a entretejer una serie de informaciones que permiten al juez valorar que determinados comentarios, manifestaciones, etc. son de relevancia pública para el resto de sujetos que conforman la red social?

3º.-¿Podemos, en definitiva, proteger esa faceta concreta de la privacidad desde la extimidad, cuando tradicionalmente los tribunales penales vienen excluyendo de la tutela de las calumnias e injurias lo que serían cuestiones de "mero cotilleo[580]"?

Considero que, siendo criticable de antemano, una consideración amplia del concepto de personaje público y de información relevante, lo cierto es que el marco social nos puede llevar a una interpretación de esta naturaleza, y es momento de dejar la cuestión para el debate y para iniciar la reflexión sobre la misma.

---

[578] *Vid.,* Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Consultar, igualmente, entre otras St. de 23 de septiembre de 2009, del Juzgado de 1ª Instancia nº 42 de Madrid. También, Rubí Puig, A.: "Derecho al honor *online* y responsabilidad civil de ISPs. El requisito del 'conocimiento efectivo' en las SSTS, Sala primera, de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2010", en *Indret,* nº 4/2010, disponible en http://www.indret.com/pdf/776_es.pdf.

[579] Recuérdese que las personas privadas también pueden sufrir intromisiones en su derecho a la intimidad y la propia imagen, pero con menor carga que los personajes públicos. (Entre otras, se pueden consultar las SSTC 197/1991, 185/2002 y 127/2003).

[580] *Vid.,* STC 232/1993.

ISBN 978-84-694-0081-4

V. La autorregulación europea de las redes sociales: análisis de las políticas de uso de la imagen de menores en España

María de Miguel Molina[581]

Profesora titular

Universidad Politécnica de Valencia

Juan Vicente Oltra Gutiérrez

Profesor Titular de Escuela Universitaria

Universidad Politécnica de Valencia

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado "Audios y vídeos del Congreso".

Resumen:

La UE ha impulsado la firma de siete principios de autorregulación para las redes sociales en Europa, a través del Programa Safer Internet. Dicho programa ha analizado 25 redes sociales europeas y su uso por los menores. Sin embargo, no parece que la utilización de la imagen del menor, sea con fines comerciales o personales, tenga un papel destacado siendo el que más problemas plantea. Para analizar estos principios en profundidad en el caso del uso de la imagen, los hemos aplicado a las dos redes sociales más usadas por los menores en España y hemos diseñado una "checklist" con más de 80 variables de forma que, yendo más allá lo que plantea la UE, se puedan proponer nuevas políticas que incrementen la seguridad de la privacidad de la imagen del menor sin restar flexibilidad a la propia dinámica de este medio de comunicación entre los menores.

[581] mademi @ omp.upv.es / www.mmenor.blogs.upv.es

ISBN 978-84-694-0081-4

<u>Palabras clave:</u> *redes sociales (Social Network Sites), menor de edad, privacidad, imagen, oportunidades y riesgos, autorregulación, responsabilidad social, Unión Europea, Facebook, Tuenti*.

1. El modelo de negocio de las redes sociales

Las redes sociales (RS) en su mayoría obtienen beneficios principalmente por medio de la publicidad personalizada que pueden proporcionar al usuario en función de su perfil personal. Dicho perfil se genera con la respuesta a diferentes cuestiones que se plantean por la RS y, asimismo, el usuario puede generar el contenido que desee, por ejemplo añadiendo una fotografía personal (Boyd y Ellison, 2007).

Campos (2008) divide los contenidos de las RS en dos grupos: los relacionados con las relaciones personales y aquellos destinados al entretenimiento o la información. Los primeros los generan los propios usuarios mientras que los segundos normalmente los proporciona una empresa, si bien en ocasiones los usuarios también utilizan contenidos generados por las empresas de modo que la línea divisoria puede resultar en algunos casos confusa.

Monsoriu (2010) además agrupa a las RS en generalistas u horizontales y especializadas o verticales. En las primeras la presencia de promociones suele ser más intensa.

Así, el objeto de nuestro estudio son las políticas de uso de la imagen que tienen las RS más utilizadas por los menores en España, que en este caso son de tipo generalista u horizontal, especialmente en relación a los contenidos que generan sus propios usuarios que en muchas ocasiones pueden ser menores de edad.

2. El objeto de estudio

El 71% de los menores españoles utiliza las RS. Las más usadas en España son Tuenti y Facebook, sin embargo por edades Tuenti es preferida por los menores de 10 a 18 años (60% frente a 21% de Facebook) (Bringué y Sádaba, 2009).

Ambas establecen un mínimo de 14 años para ingresar en la RS, de acuerdo con la Ley española 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, en su artículo 13, pero es sabido que los menores de 14 años pueden conectarse fácilmente falseando la información aportada sobre su edad.

2. 1. Los principios de autorregulación propuestos por la Unión Europea

El derecho de imagen del menor de edad está reconocido tanto a nivel internacional (Convention on the Rights of the Child of the United Nations General Assembly, 20.11.1989) como a nivel comunitario (Charter of Fundamental Rights of the European Union, 7.12.2000, Charter of Children's Rights of the European Union, 21.09.1992).

Sin embargo al ingresar en una RS los menores, e incluso los adultos, rara vez leen los "términos de uso" del servicio. Por ello, los Comisionados de Protección de Datos de diferentes países (ICDPPC, 2008) propusieron unas recomendaciones tanto a las empresas para mejorar sus políticas como a los menores y a su entorno -padres, tutores y docentes-, a la hora de utilizar las RS, puesto que la red 2.0 ha planteado unos problemas diferentes en la protección de la privacidad (O'Hara y Shadbolt, 2010).

La normativa europea de protección de la privacidad es bastante completa (Directive 95/46/EC on data protection, Directive 2002/58/EC on e-privacy, y Recommendation 2009/3200final/EC on the implementation of privacy and data protection principles in applications supported by radio-frequency identification (RFID)), pero puede plantear problemas de aplicación. En el caso de Tuenti, al ser una empresa española (adquirida en 2010 por Telefónica), estos problemas no existen pero para aplicarla a Facebook, la Agencia Española de Protección de Datos interpreta que deberíamos entender que según la LOPD el uso de *cookies* equivale al uso de un equipamiento para procesar datos situado en territorio de la UE (AGPD e INTECO, 2009).

Sin embargo, nos encontramos con multitud de problemas cuando son los propios usuarios los que generan y difunden contenidos, pues si bien deberían cumplir la misma normativa y pedir el consentimiento de cualquier persona cuya imagen se quiera utilizar, rara vez lo solicitan (ENISA, 2010).

ISBN 978-84-694-0081-4

Por otro lado, la propia naturaleza de la RS hace que esto sea difícil de lograr si no es con el apoyo de las propias RS a través de sus políticas de uso, ya que estas empresas son capaces de desarrollar e implementar estas políticas de forma mucho más rápida que el legislador (Guo, 2008), lo que no significa que la autorregulación sea un sustituto de la regulación, sino un complemento en el que todos los grupos de interés participen (Jenkins y Anglia, 2004).

En la UE, el EU Kids Online Project (2006-2010), que pertenece al European Union Safer Internet Programme, consiguió que desde 2009 las principales RS que operan en la Unión Europea firmasen voluntariamente el acuerdo “The Safer Social Networking Principles for EU” (Lobe y Staksrud, 2010). Se trata de siete principios generales que las RS deben intentar aplicar y que el propio programa evalúa, debiendo utilizarse como una base para compartir buenas prácticas entre las 25 RS participantes. Estos serían:

Primer Principio: Suscitar la sensibilización sobre los mensajes orientados a la formación en materia de seguridad y las políticas de usos admitidos en usuarios, padres, docentes y otros responsables de la tutela de menores de manera que figuren de forma destacada, clara y adaptada a la edad del destinatario.

Segundo Principio: Procurar garantizar que los servicios ofrecidos son adecuados a la edad del usuario a quien se dirigen.

Tercer Principio: Capacitar a los usuarios mediante herramientas y aplicaciones tecnológicas.

Cuarto Principio: Facilitar procedimientos de utilización sencilla para informar sobre conductas o contenidos que supongan una vulneración de las condiciones de servicio.

Quinto Principio: Responder a las notificaciones relativas a conductas o contenidos ilícitos.

Sexto Principio: Dotar de recursos y promover que los usuarios utilicen procedimientos seguros en el tratamiento de la información personal y la privacidad.

Séptimo Principio: Evaluar los medios disponibles para la investigación de conductas o contenidos ilícitos o prohibidos.

2. 2. Los riesgos conocidos

El artículo 18 de la Constitución española de 1978, la LOPD 15/1999, el Reglamento de desarrollo de la LOPD 1720/2007, la Ley de Protección de Menores 1/1996, la Ley de derecho al honor, intimidad y propia imagen 1/1982, entre otras, dan el marco normativo necesario para proteger la

imagen del menor en cualquier ámbito, también en las RS. Sin embargo, todavía existen riesgos para los menores que podrían paliarse aplicando unas políticas de uso por parte de las empresas.

En caso de imágenes que figuren en la RS sin permiso de sus integrantes, la AEPD normalmente reconoce el derecho del perjudicado a que sea eliminada (Hernández y Ramón, 2009). Sin embargo, en ocasiones los propios menores incluyen no sólo fotos de otros sino también las propias.

EU Kids Online (Livingston y Haddon, 2009a) clasifica los riesgos que se plantean para los menores en el campo de las TICs en tres grupos: cuando el menor recibe información, cuando el menor participa dando una respuesta y cuando el menor genera la información. En el tercer grupo se sitúan la mayor parte de problemas que se plantean en las RS, cuando se establecen relaciones entre usuarios. La responsabilidad del menor queda muchas veces en un plano estrictamente civil, en el que los padres o tutores deben cargar con la responsabilidad económica de su acción. Por eso la autorregulación debería incluir entre sus políticas la manera de intentar reducir estos riesgos.

Los padres muchas veces no poseen tampoco la formación ni la información necesaria para guiar a sus hijos en el buen uso de las RS (Livingston y Haddon, 2009b), a pesar de ser los responsables primeros de esa tarea (Raskin, 2006).

Las RS ofrecen multitud de oportunidades para los menores (interacción social, entretenimiento) (Arthur et al., 2006) y la mayoría de veces los menores las usan para comunicarse con sus amigos (Boyd y Ellison, 2007; Thelwall, 2008).

Sin embargo, solo un 59% de los menores españoles que usan las RS tiene su perfil restringido únicamente a sus amigos (ONTSI, 2009). Incluso el sentido de privacidad no es tan acusado entre los menores (Livingston, 2008) y muchas veces esa privacidad se pierde a costa de conseguir otros beneficios (O'Donoghue and Loewenstein, 2006; O'Hara y Shadbolt, 2010).

En muchos perfiles se encuentra una imagen del menor, o fotos con los amigos, la familia, lugares de ocio, no siempre apropiadas (Muratore, 2008). En España, por ejemplo, la página web “votamicuerpo” tuvo múltiples denuncias por el uso de imágenes inapropiadas de menores, en ocasiones incluso de menos de 14 años.

ISBN 978-84-694-0081-4

Un problema frecuente es que los motores de búsqueda crean *caches* de archivos en sus servidores. Después de consultar una palabra clave (por ejemplo, el nombre de una persona) a través de estos motores de búsqueda, un enlace proporciona la lista de páginas web recuperadas. Al hacer clic en este enlace, el usuario es llevado a dichas páginas que son accesibles incluso mucho después de que estas se hayan eliminado (ENISA, 2010). Recientemente, algunos programas de software se han desarrollado para eliminar dichos *caches*, pero incluso éstos están bajo sospecha ya que también pueden capturar la información.

3. Objetivos y metodología

A partir del análisis del objeto de estudio vemos que todavía quedan varios aspectos de las políticas de las RS que parecen no terminar de aplicarse protegiendo adecuadamente a sus usuarios, especialmente a los menores de edad. Por eso nos planteamos como objetivo realizar nuevas propuestas que puedan mejorar dichas políticas en el caso del uso de la imagen.

Para ello vamos a tomar como base cinco de los siete principios generales propuestos por la UE (los principios 5 y 7 los excluimos porque no tenemos información suficiente para analizarlos) y los vamos a desglosar en una serie de variables que puedan concretar lo que debe conseguirse con cada principio. Además dichas variables se han analizado y aplicado en las dos RS más utilizadas en España, Tuenti y Facebook, para ver si estas medidas ya están implantadas o podrían incluirse en su política de uso. El resultado de ese análisis comparativo detallado puede consultarse en De Miguel, Oltra y Sarabdeen (2010), aquí vamos a intentar resumir los resultados más importantes.

Para el análisis, además de utilizar un perfil real que ya teníamos, se crearon otros cuatro perfiles ficticios para poder comprobar las diferentes relaciones que se dan en una RS. Dos eran “adultos” y tres “menores”, algunos estaban directamente relacionados entre ellos y otros a través de uno de ellos.

Se analizaron durante una semana en junio de 2010 las 16 opciones que normalmente se encuentran en una RS, interactuando con los cinco perfiles en cada una de las RS.

ISBN 978-84-694-0081-4

Opciones comunes en una RS analizadas	**Principio UE con el que se relaciona**
TOS (*Terms of Service*, Términos de uso)	1, 6
Aviso de privacidad	1
Registro	2
Datos necesarios para crear un perfil	6
Informar de uso abusivo	2, 4
Control parental	4
Bloquear a otros usuarios	6
Informes sobre los usuarios	4
Buscar un perfil	3
Dar detalles de las propias preferencias	4
Instalación de aplicaciones internas, de terceros o externas	1, 2, 4
Envío de mensajes	3
Recepción de mensajes	3
Moderar los mensajes recibidos	6
Descargar fotografías	6
Etiquetar fotografías	2, 6

Fuente: Elaboración propia a partir de la observación de diferentes RS.

4. Resultados

Tal como recomienda la UE, el primer paso es proporcionar a los menores unos TOS claros y atractivos de leer, así como unos canales efectivos para reclamar. En este sentido Tuenti, como empresa española, controla más el uso que los menores puedan hacer de su red y tiene la normativa más presente y accesible que Facebook.

Pero en la práctica, ambas RS pueden mejorar sus políticas de uso para evitar problemas en la utilización de la imagen de los menores. Por ejemplo, dando la posibilidad de elegir si quieren o no que sus fotos sean expuestas en la RS, restringiendo los usuarios que puedan ver dichas fotografías (por ejemplo, con una contraseña definida) y reduciendo técnicamente la posibilidad de copiarlas (pues basta un pantallazo para ello). Por otra parte, después de una queja, la RS debería mejorar sus herramientas para borrar *caches* y *proxies*, incluso implicando a los proveedores de telecomunicaciones.

Por último, deberían diferenciar el rango de “amigos” de una manera sencilla y clara para los menores (amigos cercanos y otros amigos), así como

ISBN 978-84-694-0081-4

"amigos de amigos" (amigos de amigos cercanos y amigos de los amigos de otros), evitando términos que pueden conducir a error como "compinche" (por ejemplo, en Facebook se genera cuando un adulto amigo de un amigo está invitando a un menor a comunicarse con él) o incluso creando nuevos niveles evitando el término "amigo".

5. Conclusiones

Tras nuestro análisis vemos que las RS todavía pueden mejorar sus políticas de uso, no sólo en el caso de los menores sino incluso de todos sus usuarios. El uso de la imagen es asimismo una opción que plantea diferentes problemas, pero no es el único.

Los mayores problemas se plantean en primer lugar en el acceso a la propia red, siendo fácilmente accesible por menores de 14 años aunque la legislación española no lo permita. En este sentido, el único recurso disponible parece ser el e-DNI pero evidentemente queda lejos una posible aplicación a corto plazo.

Si el menor a partir de los 14 años proporciona su verdadera edad, entonces la RS es responsable, no sólo legalmente sino también socialmente, de que toda protección sea poca para que el usuario disfrute de este medio de comunicación sin problemas: perfiles cerrados por defecto, uso de contraseñas, información clara, etc. no suponen más que voluntad de la empresa en aplicarlas.

En definitiva se trata de que los menores de edad aprendan a moverse en las RS con seguridad y sabiendo las consecuencias de la pérdida de su privacidad, cuando esté en sus manos protegerla.

Bibliografía

AGPD e INTECO, *Study on data privacy and security in the Social Networks*, 2009, Accesible en: https://www.agpd.es/portalweb/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf

ARTHUR, D., SHERMAN, C., APPEL, D. y MOORE, L., "Why young consumers adopt interactive technologies", *Young Consumers*, vol. 7, n. 3, pp. 33-38 (2006).

ISBN 978-84-694-0081-4

BOYD, D. y ELLISON, N., “Social network sites: definition, history, and scholarship”, *Journal of Computer-Mediated Communication*, vol. 13, n. 1, art. 11 (2007). Accesible en: http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html

BRINGUÉ, X. y SÁDABA, Ch., *La generación interactiva en España. Niños y adolescentes ante las pantallas*, Colección Fundación Telefónica–Ariel, Madrid, 2009.

CAMPOS FREIRE, F., “Las redes sociales trastocan los modelos de los medios de comunicación tradicionales”, *Revista Latina de Comunicación Social*, vol. 63, n. 2, pp. 287-293 (2008).

DE MIGUEL MOLINA, M.; OLTRA GUTIÉRREZ, J. y SARABDEEN, J., “An exploratory study on children images privacy in the most used SNS in Spain (Tuenti and Facebook)”, *International Review of Law, Computers & Technology,* vol. 24, n. 3 (2010).

ENISA (European Network and Information Security Agency), *Online as soon as it happens,* 2010, Accesible en: http://www.enisa.europa.eu/act/ar/deliverables/2010/onlineasithappens/at_download/fullReport

EUROPEAN UNION, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, DOC 364/18.12.2000, Accesible en: http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/index_en.html

GUO, R.M., “Stranger Danger and the Online Social Network”, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 23, n. 1, pp. 617-644 (2008).

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “El Derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 20, pp. 19-36 (2009).

ICDPPC (30th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners) *Draft Resolution on Children’s Online Privacy*, 2008, Accesible en: https://www.agpd.es/portalweb/privacyconference2009/documentacion/common/childrens_online_privacy_en.pdf

JENKINS, R. y ANGLIA, U.E., “Corporate Codes of Conduct: Self-Regulation in a Global Economy”, *Comercio Exterior*, vol. 54, n. 9, pp. 764-778 (2004).

LIVINGSTON, S. y HADDON, L., *EU Kids Online: Final Report*, LSE, London: EC Safer Internet Plus Programme (Deliverable D6.5), 2009a.

LIVINGSTON, S. y HADDON, L., “Risky experiences for children online: Charting European research on children and the internet”, *Children and Society*, vol. 22, n. 4, pp. 314-323 (2009b).

LOBE, B. y STAKSRUD, E., *Evaluation of the implementation of the Safer Social Networking Principles for the EU Part II: Testing of 20 Providers of Social Networking Services in Europe*, European Commission Safer Internet Programme, Luxembourg, 2010.

MONSORIU FLOR, M., *Diccionario Web 2.0. Todos los términos que se necesita conocer sobre las redes y medios sociales*, Creaciones Copyright, Madrid, 2010.

MURATORE, I., “Teenagers, blogs and socialization: a case study of young French bloggers”, *Young Consumers*, vol. 9, n. 2, pp. 131-142 (2008).

O'DONOGHUE, T. y LOEWENSTEIN, G., “We Can Do This the Easy Way or the Hard Way: Negative Emotions, Self-Regulation, and the Law”, *University of Chicago Law Review*, vol. 73, n. 1, pp. 183-206 (2006).

O'HARA, K. y SHADBOLT, N., “Viewpoint: Privacy on the Data Web”, *Communications of the ACM*, vol. 53, n. 3, pp. 39-41 (2010).

ONTSI (Observatorio Nacional de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información), *White Paper on Digital Contents in Spain 2008*, 2009, Accesible en: http://observatorio.red.es/contenidos-digitales/articles/id/2662/libro-blanco-los-contenidos-digitales-espana-2008.html

RASKIN, R., “Facebook faces its future”, *Young Consumers*, vol. 7, n. 2, pp. 56-58 (2006).

THELWALL, M., “Social networks, gender, and friending: An analysis of MySpace member profiles”, *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, vol. 59, n. 8, pp. 1321-1330 (2008).

UNITED NATIONS, *Convention of the Rights of the Child*, A/RES/44/25, 20.11.1989. Accesible en: www.un.org

VI. La protección de los derechos de los menores ante las nuevas tecnologías. Internet y redes sociales

Ana Aba Catoira[582]

Profesora titular de Derecho constitucional

Universidad de A Coruña

Puede acceder al audio y vídeo en el apartado "Audios y vídeos del Congreso".

Resumen:

El estudio parte de los problemas de privacidad que generan los usos de las redes sociales para subrayar la especial problemática y peligros respecto de los menores. Sobre la determinación de las redes sociales fija la atención en cada uno de los derechos fundamentales en juego y su problemática.

Palabras clave: *Internet, redes sociales, privacidad, libertad de expresión e información, protección de menores.*

1. Presentación del tema

La revolución que han supuesto las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs) han transformado las relaciones sociales. Esto es así hasta el punto de que las generaciones más jóvenes utilizan, casi de forma exclusiva, estos nuevos cauces para informarse, comunicarse, divertirse, e incluso para actividades mas nocivas o perjudiciales para su correcto desarrollo. Es decir, ya no se realizan

[582] Este trabajo es uno de los resultados del Proyecto I+D+I del MICNIN, "Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites", (DER2009-14519-C05-01/JURI), cuyo investigador principal es Lorenzo Cotino Hueso.

actividades al margen de las TICs que marcan nuestro día a día como ciudadanos, como trabajadores, como consumidores o como usuarios.

Además, el avance diario de las tecnologías han supuesto un cambio en las formas de conectarse, así se ha pasado de una popularización de la Red, en la que básicamente se consumían informaciones, a una utilización mucho más individualizada en la que cada persona, según sus gustos o necesidades de cada momento, crea o genera contenidos que comparte o difunde a través de estos cauces con otros internautas con los que comparte intereses o necesidades, de forma más generalizada o mas limitada y siempre sin las fronteras de espacio o tiempo que encontramos en el mundo analógico. Este crecimiento se constata de forma más evidente en el espacio social que es la web 2.0 en la que de forma sencilla todos podemos participar creando un blog, una red de amigos, generando contenidos, etc, y todo ello bajo una apariencia de gratuidad que comporta la sobreexposición de las personas a los ojos de los demás.

Nuestras actuaciones a través de Internet conforman nuestra personalidad o identidad digital, es decir, tenemos una identidad que no tiene que coincidir con la real con la que actuamos virtualmente. Ese "yo" se conforma con los datos que registramos para acceder y que generan nuestro perfil que se va alimentando cada vez que interactuamos. La creación de esa identidad requiere ceder o publicar determinados datos con lo que se generan riesgos de vulneración de derechos fundamentales como los derechos de la personalidad, la protección de datos personales, los derechos de autor y propiedad intelectual. Se plantea, pues, la necesidad de analizar determinadas cuestiones como la sobreexposición de la vida privada de las personas, la propiedad y gestión de contenidos, qué pasa con los datos personales registrados cuando fallece el titular o cuando solicita la cancelación de su cuenta, con las fotos que se han subido a la red con consentimiento o sin consentimiento de terceras personas, qué es la licencia irrevocable, etc, sin duda, un sinfín de cuestiones que plantean no pocos problemas de naturaleza jurídica y que no tienen fácil solución.

Los problemas son más complejos si los usuarios de Internet son menores de edad, pues, como es obvio, su minoría de edad los coloca en una situación que requiere un tratamiento especial en base a que forman un colectivo especialmente vulnerable y especialmente protegido por el Derecho. Datos como los siguientes permiten que nos hagamos una idea del alcance de este fenómeno. Más del 50% de las personas con edades

ISBN 978-84-694-0081-4

comprendidas entre los 10 y 14 años utilizan Internet, siendo más del 68,5% de estos usuarios menores de 24 años. Ya desde que tienen dos años mantienen algún contacto con las TICs, ya sea a través de pantallas de video, consolas, ordenadores, telefonía móvil, pizarras electrónicas, etc.

Estamos ante una realidad objetiva e incontestable que no puede ocultar que los menores son sujetos de derecho expuestos a peligros y que hay que protegerlos, siendo ésta una tarea de la Sociedad de la Información en la que vivimos inmersos que sigue avanzando vertiginosamente. Si esta es la realidad objetiva de nuestro día a día, tenemos otra que es la que nos pone de manifiesto la dimensión jurídica, esto es, no hay una cobertura jurídica propia o específica para estas personas usuarias de la tecnología que son menores de edad, o que cuando hay normas aplicables resultan defectuosas o insuficientes para resolver adecuadamente la problemática específica que se nos plantea. Por tanto, ya se avanza aquí que resulta innegable que junto a las normas se necesita la autorregulación del sector que siempre dependerá del mayor o menor compromiso que contraigan con los derechos las empresas del sector. Por ejemplo, en aspectos tan claros como la publicidad que no debe perjudicar a los menores, en los tratamientos de datos, en la obtención de autorización de los progenitores por escrito, que no se cederán datos del menor sin consentimiento que lo autorice. Sin duda, todos ellos buenos ejemplos de protección efectiva de los derechos en juego.

2. La protección jurídica de los menores

El estudio de la protección jurídica de los menores en concreto en el ámbito tecnológico presenta no pocas cuestiones sugerentes para los juristas. En las líneas precedentes se han planteado de forma bastante telegráfica una serie de problemas jurídicos que presentan una especial relevancia para el Derecho Constitucional, por la implicación de derechos fundamentales. De partida, recordar, que en la propia Constitución se establece como objetivo de los poderes públicos la “protección de la juventud y de la infancia” al ser un colectivo “especialmente vulnerable”. En este orden de cosas, promover y garantizar un buen uso de Internet constituye una respuesta pública y también privada a las numerosas implicaciones de la Revolución tecnológica en el buen desarrollo de nuestros menores, por lo que el Estado con la coparticipación de las entidades privadas tiene que regular las relaciones de los menores en Internet previniendo abusos,

ISBN 978-84-694-0081-4

peligros y comportamientos delictivos que, en caso de producirse, han de ser sancionados con toda la dureza del Derecho Penal.

Además, consideramos necesario introducir aquí otras previsiones constitucionales que expresamente se refieren a la protección de los menores y que entendemos que resultan totalmente aplicables en este ámbito y que son las referidas al art. 39 que, tras establecer la “obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica, jurídica de la familia” y “la protección integral de los hijos”, dice, en su párrafo 3º, que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos” añadiendo en el párrafo 4º que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos”. Este precepto entiendo que desde la óptica de protección de los derechos de los menores resulta absolutamente predicable en este ámbito que demanda la creación de un entorno seguro para los menores.

En otras palabras, aunque estemos en un espacio donde los intereses económicos guían las actuaciones de los diferentes agentes implicados, donde la consecución de objetivos que redunden en beneficios profesionales o laborales es la meta, los derechos fundamentales y los bienes jurídicos protegidos a través del ejercicio de éstos no pueden ser menoscabados o imposibilitados hasta reducirlos a nada. Más aún si hablamos de derechos cuyos titulares por no haber alcanzado la mayoría de edad están más expuestos a la vulneración.

3. En concreto: las redes sociales

Pues bien, dicho lo anterior, destacar que la utilización que hacen de Internet se centra básicamente en el espacio de las redes sociales y, de hecho, sólo con un recorrido por estas plataformas es posible hacerse una idea de la envergadura de este espacio social. El Messenger, Myspace, Tuenti, Facebook, Fotololog.com, votamicuerpo.com, etc, nos ofrecen un espacio virtual en el que se constata una sobreexposición continua de sus usuarios que publican datos y contenidos sensibles como fotografías sin apenas ser conscientes de los graves riesgos a los que se están exponiendo, pues todos estos datos quedan fuera de su control en la mayoría de las ocasiones, por dejadez o falta de autoprotección, porque se convierten en accesibles a todos los usuarios o a los motores de búsqueda o porque se les facilitan de buena fe a terceras personas que no son quienes dicen ser

porque asumen una identidad falsa, usurpan la de otras personas o utilizan el anonimato que proporciona la red para delinquir.

Las redes sociales generan un intenso debate en torno a la vida privada y la seguridad de sus usuarios sobre todo partiendo del dato objetivo de que la mayoría de ellos son menores de edad. Este debate se agudizó a raíz del asesinato en Sevilla de la joven Marta del Castillo que sirvió para dar a conocer a gran parte de la sociedad los innumerables peligros que pueden acechar a los menores en estos espacios si no se aseguran un mínimo de protección o seguridad. El rastro digital de la joven asesinada en la red social española Tuenti nos permitió conocer a través del uso que hicieron los medios, por tanto era público, de numerosas informaciones personales que fue dejando por Internet, hemos visto fotografías de la víctima, de su círculo de amistades e incluso con sus presuntos asesinos. Una reproducción de materiales fotográficos que permiten cuestionarse la propiedad de estos contenidos, o qué pasa con la cuenta cuando el titular quiere cancelar o en el caso de su fallecimiento, si efectivamente se borran los datos y demás informaciones que afectan a su privacidad o, por el contrario, las fotos se pueden seguir viendo, se pueden consultar correos, entrar en blogs, etc, sin que medie el consentimiento y consiguiente control de la familia. Así, esto es ha servido para que otra red social como Facebook haya modificado sus condiciones de uso (siempre son abusivas pues el precio siempre es más alto que las prestaciones a las que se acceden) eliminando la “licencia irrevocable para usar, copiar, publicar, almacenar, transmitir, etc los contenidos publicados” de sus condiciones de uso.

Parece lógico para seguir esta exposición hacer una presentación de lo que son las redes sociales. La “red” es una estructura socia que se crea a través de un vínculo o vínculos que une o crea afinidad entre las personas usuarias pudiendo tener una naturaleza de lo más variada ya sea profesional, comercial, afectivo, afinidades, etc.

El origen de las redes sociales se sitúa en 1997 (SixDegrees.com) a través de la creación de perfiles que permiten acceder a este espacio de comunicación. A lo largo de los primeros años de la década van emergiendo con fuerza muchas otras plataformas entre las que destacan especialmente Facebook, Myspace o Twiter, con gran aceptación enrre la juventud. Las redes se consolidan como un negocio impresionante.

La primera de las citadas Facebook nace orientada a la población estudiantil, registrándose millones de usuario, en la que van a entrar a

ISBN 978-84-694-0081-4

gestionarlas las empresas como Microsoft con inversiones millonarias en publicidad. Así, Facebook que inició su andadura en el año 2004 como red de apoyo a las redes universitarias obliga a sus usuarios a proporcionar su correo electrónico asociado a las instituciones educativas. En principio el acceso era bastante cerrado y restringido, aspecto que generó confianza entre los usuario que ven la red como un espacio cerrado y bastante seguro, pero,. Ese acceso en principio restringido se ha ido generalizando hasta desembocar en lo que es hoy, una red universalizada.

En cuanto a la definición de redes sociales resulta bastante socorrido acudir a la y y para ello parece buena opción acoger la utilizadas en la Guía de Inteco (p.3) que nos dice que "se trata de una aplicación on line que permite a los usuarios, de forma completamente descentralizada, generar un perfil público, compartir información, colaborar en la generación de contenidos y participar de forma espontánea en movimientos sociales y corrientes de opinión". Así, como se comprueba, nos encontramos ante una aplicación tecnológica que permite realizar todo aquello que más atrae a la juventud, relacionarse sin inhibiciones, mostrarse sin pudor y sin limitaciones espaciales o temporales y con total libertad, pues pocas son las limitaciones que encuentran para relacionarse de este modo. Además, la posibilidad de actuar bajo otra identidad o personalidad les da una seguridad y un arrojo que les hace sentir mayores e importantes.

Si las relaciones sociales que se establecen siguen unas normas de corrección entendiendo por tales asegurarse de estar protegidos frente a los peligros, derivados de la propia actuación de uno mismo cuando se realiza irresponsablemente, o de terceros que se amparan en Internet para comportarse delictivamente o del entorno tecnológico, no deberían producirse muchos más problemas que los que se producen en la realidad analógica. No obstante, lo cierto es que en el mundo Internet, no siempre es fácil autoprotegerse, por un lado, por carecer de cultura de protección de derechos (no se percibe el peligro ni se sienten las amenazas como tales), por carecer de cultura digital o simplemente por ser una exigencia demasiada dura para un colectivo menor de edad (desconocimiento o incumplimiento de la normativa española sobre protección de datos de carácter personal, protección de la intimidad y de la propia imagen, etc) que ha de estar protegido por los poderes públicos y por sus progenitores[583].

---

[583] Son sumamente esclarecedores los datos siguientes que aunque referidos a la sociedad norteamericana se podrían extrapolar a cualquier otra. En 2004 se realizó una encuesta a 1500 alumnos y alumnas norteamericanos que arrojó los siguientes datos: un

ISBN 978-84-694-0081-4

En cualquier caso, antes de analizar esos derechos, hay que afirmar que existe un gran desajuste entre la realidad que viven los menores y el marco jurídico de su protección, pues se dan grandes vacios o silencios legislativos o espacios donde no se interviene ante el protagonismo de los intereses de los mercados. Es decir, antes de proteger los intereses de los menores priman los intereses económicos, como parece ocurrir en el caso de las redes sociales, pues las empresas esperan a la denuncia (reporter) antes de investigar abusos o ilícitos cometidos sin actuar a instancia propia ante la obligación de proteger los derechos fundamentales de los menores usuarios de sus plataformas, con lo cual, si no hay denuncia, pero si vulneración el daño a los derechos puede prolongarse, no cesar y no repararse ante la inactividad o pasividad de los conocedores de tal situación.

Podría ser un buen ejemplo de lo anterior la situación que se plasma en la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que conoce de lo siguiente: se registra una persona en el formulario insertado en un sitio web resultando que es menor de edad y que los menores tienen prohibido ese registro. La empresa alega que "se introdujo un dato erróneo en la fecha de nacimiento, que posibilitó que el programa lo identificara como mayor de edad .... se cumple la normativa de protección de datos".

4. De qué derechos hablamos en internet: cuestiones a tratar

Ya ha quedado sobradamente señalado como los menores y adolescentes en cuanto personas menores de dieciocho años son titulares de derechos y pueden disfrutar de éstos, si bien tienen un estatuto especial.

Así pues, partiendo de la aptitud o capacidad para ser titular de derechos hay que matizar que ello no significa que los menores disfruten de una capacidad de obrar plena que les permita ejercer por si mismos, sin intervención de sus representantes legales, todos los derechos que se reconocen en el ordenamiento. Con lo cual, queda establecida la nítida diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar que dependerá de las diferentes edades harta alcanzar la mayoría de edad establecida

42% de estos menores afirmaba haber sido amenazado *on line*, lo que se conoce como *cyber bulling*. Se confirmaba que no son conscientes que a través de estos actos se están cometiendo delitos, por ejemplo cuando chantajean a compañeros con datos que conocen de su vida privada (informaciones o fotografías) o cuando graban con sus teléfonos móviles las agresiones o vejaciones que después difunden por la red, un comportamiento conocido como *happy slapping.*

ISBN 978-84-694-0081-4

constitucionalmente en los dieciocho años[584]. En este sentido, disfrutar de los derechos más importantes no requiere ninguna capacidad de obrar[585]. Por tanto, es cierto que en la sociedad actual se les reconoce libertad o autonomía, pero, obviamente, queda modulada por la edad y en atención a la protección de su propio interés o al principio jurídico del interés del menor. En este orden de cosas, es decir, desde esa perspectiva "el interés del menor, en ese contexto protector, no consiste ya sólo en buscar lo mejor para él, sino en ayudarle a adquirir progresivamente mayor autonomía y una identidad de adulto que le habilite para ejercer él directamente, derechos y libertades indeclinables" (F. Rivero "El interés del menor, p.28).

En este orden de cosas, en el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, reconoce su capacidad y establece que "Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez" Por eso, como decíamos antes, algunos derechos esenciales y básicos no requieren capacidad de obrar que si capacidad jurídica, al ser suficiente la personalidad como aptitud para ser titular de derechos.

En la citada Convención sobre Derechos del Niño se reconocen expresamente el derecho a la vida (art. 6), el derecho al nombre y a la inscripción inmediata después del nacimiento (art. 7), el derecho a la identidad y a la nacionalidad (art. 8), el derecho a convivir con sus padres y relacionarse con ellos (art. 9), el derecho de opinión y a ser oído (art. 12), el derecho a la libertad de expresión (art. 13), el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14), el derecho de libertad,

---

[584] A este respecto DELGADO ECHEVERRÍA, E en LACRUZ BERDEJO, E.: *Elementos de Derecho Civil,* Vol. 2, "Personas", 5ª edición, revisada por Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2008, p.3, "La capacidad de obrar a diferencia de la jurídica, no es igual en todas las personas, pero esta desigualdad no puede ser arbitraria. El derecho atiende hoy, para reconocerla en mayor o menor medida, a la aptitud de cada uno para regir su persona y bienes: nula en el recién nacido, creciente con la edad hasta el pleno juicio, disminuida o anulada por las enfermedades mentales; y trata de adaptar la capacidad de obrar (legal) a la situación concreta, es decir, a la aptitud o capacidad (natural) de entender o de querer de cada uno. Pero no lo hace caso por caso, para cada individuo, sino atendiendo a rasgos externos típicos, como el haber alcanzado o no determinada edad, o constituyendo al sujeto, mediante declaración judicial, en la situación (que puede graduarse) de incapacitado".

[585] DELGADO ECHEVERRÍA, E en LACRUZ BERDEJO, E.: *Elementos de Derecho Civil, op cit.,* p.130.

ISBN 978-84-694-0081-4

asociación y reunión (art. 15), el derecho a la intimidad personal y familiar, domicilio, correspondencia, honra y reputación (art. 16).

Asimismo, en nuestro país, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se establece en su art. 3 que “los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancias personal, familiar o social”. Además reconoce expresamente como derechos de los menores el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4), derecho a la información (art. 5), libertad ideológica (art. 6), derecho de participación, asociación y reunión (art. 7), derecho a la libertad de expresión (art. 8) y derecho a ser oído (art. 9).

Dentro de la minoría de edad hay muchos grados de capacidad en cuanto juicio suficiente para adoptar decisiones que no se pueden fijar o precisar a priori sino que habrá que estar al caso concreto. No obstante, lo anterior, la edad de doce años fija un criterio en cuanto que en el art. 154 del Código Civil se dice que la patria potestad se ejercerá de acuerdo con la personalidad del menor y con respecto a su integridad física y psicológica, siendo los doce años una edad determinante. Asimismo, los catorce años juegan un papel importante, pues se ha cifrado en esta edad un grado de madurez suficiente que otorga capacidad de obrar entendida como capacidad para querer, conocer, decidir, consentir, etc, que permite adoptar decisiones jurídicas que obligan y responsabilizan. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, del derecho al Honor, la Intimidad y la Imagen, establece en cuanto al consentimiento de los menores en su art. 3 que “éste deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”, por lo que determina lo establecido en el art. 162 del Código Civil.

Así, en este sentido, el consentimiento para el tratamiento de datos personales o la referencia contenida en el art. 20 de la Ley de Derecho de la Persona en el Derecho Aragonés que establece lo siguiente:1. El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o,

ISBN 978-84-694-0081-4

en su defecto, del tutor. 2. La imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez. 3. El menor mayor de catorce años no necesita asistencia en los actos que la ley le permita realizar por sí solo".

Lo siguiente que hemos de precisar es de qué derechos estamos hablando cuando nos referimos a la protección de los menores ante Internet y, más concretamente, de su protección en el ámbito de las redes sociales. Pero antes de exponer los derechos será necesario hacer varias precisiones sobre lo que supone ser menor de edad en materia de protección de derechos en particular en el ámbito tecnológico.

En primer lugar decir que hablar de seguridad de los menores en Internet en ningún caso puede ser sinónimo de prohibición, pues ser menor no es causa de privación de derechos sino de modulación en atención a la madurez que determina la capacidad. En este orden de cosas, las redes son un instrumento de socializaciòn y de desarrollo de la personalidad positivo si se utilizan de forma responsable y, por el contrario, pueden ser una fuente de riesgos si no se gestionan correctamente. Para que su utilización sea positiva en todos los sentidos se ha de tener una formación mínima en uso de la plataforma y de cultura de derechos para tener una sensibilidad que nos permita detectar donde hay peligros y como protegerse y reaccionar ante ellos. El autocontrol y la responsabilidad permiten eliminar riesgos, y ello se consigue con educación y concienciación[586]. La formación es necesaria en toda la sociedad, no sólo para los usuarios menores de edad, pues unos padres analfabetos digitales no podrán ejercer una paternidad responsable,

---

[586] A día de hoy existen suficientes recursos didácticos dirigidos a los menores para hacer un uso responsable de Internet, pero también hay recursos dirigidos a padres y madres, asi como a los educadores de estos menores. El Ararteko ha diseñado la web http://www.pantallasamigas.net/ que promueve el uso seguro y saludable de la Red. En ella se contienen publicaciones, materiales didácticos, noticias sobre celebración de jornadas divulgativas, estudios, etc. También es recomendable el Decálogo de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria que promueve el buen uso de las redes sociales http://www.chaval.es/.

La Agencia Española de Protección de Datos ha elaborado unas Recomendaciones como *Derechos de Niños y Niñas y Deberes de los Padres y Madres,* para proporcionar información sobre derechos, qué hacer para protegerse o para que les protejan. Estas Recomendaciones podemos sintetizarlas del siguiente modo: - contar con sus padres y madres para que les aconsejen y puedan supervisar sus contactos y educar a padres y madres en políticas de privacidad; la mejor protección es la que una persona se da a sí misma y navegando de forma responsable, conociendo las ventajas y los riesgos que existen en Internet; pensar que es difícil que los menores evaluen correctamente los riesgos y peligros a que se exponen; el acoso sexual en Internet es un gravísimo problema, por lo que hay que evitar proporcionar informaciones o imágenes comprometidas.

ISBN 978-84-694-0081-4

ya que la brecha digital les impedirá aconsejar, enseñar a sus hijos un uso responsable de las tecnologías en cuanto a las conexiones que se han de evitar en lo referente a páginas nocivas o datos que nunca se han de proporcionar, etc.

Dicho lo anterior, cabe concluir que junto a la perentoria necesidad de que los menores adquieran una cultura de seguridad digital es también necesaria la supervisión y control de los mayores que tendrán que tener formación para saber administrar el ordenador de sus hijos, los tiempos, usos, contactos, etc. Por tanto, además de una mínima formación se requiere disposición para ejercer de forma responsable la patria potestad en el ámbito tecnológico y además disposición de diferentes herramientas tecnológicas como filtros de contenidos. Este aspecto resulta fundamental, pues, aún cuando los menores puedan ser conscientes de riesgos a evitar, sucede que realizan accesos involuntarios a contenidos ilícitos o nocivos.

Así, llegamos a otro elemento esencial para crear un entorno seguro, la promoción de un espacio *on line* libre de contenidos ilícitos y restringido en lo que respecta a los contenidos perjudiciales para los menores. La clasificación de determinados contenidos en ilícitos o en perjudiciales o nocivos ayuda a discriminar aquellos materiales o informaciones a los que los menores no deben acceder. Son dos tipos distintos de contenidos, pues mientras los primeros son contrarios a la ley, incluso delictivos, tal es el caso de la pornografía infantil, los segundos por nocivos no son ilícitos, si perjudiciales por razón de la edad del consumidor, si bien, los valores de cada sociedad determinan la calificación de unos contenidos como nocivos y no otros.

La ilicitud viene determinada por la normativa estatal que determina las conductas delictivas en la Red que coinciden con las conductas delictivas fuera de ésta, pero que cuando se cometen en Internet juegan a su favor factores como el anonimato o la suplantación de identidad, la inexistencia de fronteras espaciales, la localización de servidores fuera de la Unión Europea, etc, que conllevan una persecución y sanción más difícil. No hay que olvidar que son muy numerosas las páginas web que alojan contenidos ilícitos, ya sea por discriminatorios, violentos, por ser pornográficos, por promover comportamientos delictivos, etc. Así, cabe citar a modo de ejemplo, la introducción de drogas entre menores (art. 368 y ss. Código Penal tipificado como delito contra la salud pública), inducción al suicidio a través de chats o foros (art. 143 C.P), atentados contra los derechos de la personalidad en

ISBN 978-84-694-0081-4

cuanto delitos de injurias o calumnias o interceptación de comunicaciones o apoderamiento de datos personales (art. 197). Además, son también ilícitos contenidos web que induzcan al abandono del domicilio, ya que el entorno familiar se proteger en cuanto que forma parte del interés del menor favoreciéndose su permanencia en el hogar, siendo la inducción del alejamiento del hogar o entorno un atentado como la intimidad, la vida, la libertad, la integridad, tipificado en el art. 224 del Código Penal. Asimismo, recordar que la publicidad ilícita en base a los dictados de la Ley 34/1988, General de Publicidad, la Ley Integral contra la Violencia de Género o la Ley de Igualdad Efectiva de mujeres y hombres constituye una conducta tipificada en el art. 282 del Código Penal en cuanto atentatoria contra la dignidad de las personas.

La naturaleza nociva de determinados contenidos depende de cada Estado que valora aquello susceptible de dañar el desarrollo físico o mental de los menores, si bien es cierto que existe homogeneidad. Se trata de establecer que contenidos no son recomendables para los menores atendiendo al criterio objetivo de la minoría de edad, por lo que al no atentar contra la legalidad vigente si están amparados por las libertades constitucionales de expresión e información reconocidas en el art. 20 del Texto Constitucional. Se trata, pues, de compatibilizar el ejercicio de estas libertades fundamentales con el interés del menor, por lo que resulta aconsejable evitar determinados peligros que les acechan en la libre navegación por Internet, es decir, todos aquellos contenidos a los que pueden acceder sólo encendiendo el ordenador e introduciendo una palabra en el buscador. En este punto, una vez son fundamentales la autorregulación y la autorresponsabilidad, por una parte están los filtros que son programas informáticos que deciden qué contenidos son accesibles al introducir palabras clave que bloquean determinados accesos, además, las listas blancas, las listas negras, las Plataformas para la Selección de Contenidos en Internet. Estas herramientas tecnológicas ofrecen control de contenidos que se etiquetarán en base a variables como el sexo, la violencia o el lenguaje entre otras, siendo competencia de los padres establecer el nivel de protección que establecen en los ordenadores familiares.

Todos los derechos que conforman la personalidad humana están implicados. Nos referimos a todos los bienes jurídicos que conforman la identidad o personalidad de cada persona, siendo factible introducir un genérico derecho de la personalidad o derecho a la identidad, así hablamos de un derecho al nombre, al uso exclusivo de datos distintivos o

ISBN 978-84-694-0081-4

identificativos de las personas que configuran el derecho a ser uno mismo, la individualidad o afirmación como ser humano, individual, único y autónomo. Ahora bien, dicho lo anterior, la pregunta que procede es si ¿hay un derecho a la identidad?, a lo que cabe responder qué no sería descabellado invocar un derecho que englobase al nombre, la imagen, el honor, la reputación, etc, alegando el art. 10 de nuestra Constitución ya que la identidad es la personalidad o más exactamente con palabras empleadas en el Texto Constitucional es el desarrollo libre de la personalidad que puede resultar perturbado, vulnerado o lesionado con prácticas de usurpación o suplantación de la identidad, por ejemplo.

Emerge con fuerza un nuevo concepto propio y exclusivo del ámbito tecnológico "la identidad digital" que no tiene que coincidir con nuestra identidad en el mundo analógico, sino que sería nuestro alter ego. Cabe utilizar dos conceptos siendo uno más estático que se corresponde con la identidad que nos permite acceder a servicios electrónicos una vez registrados con determinados datos (1.0) y, otro, más evolucionado que se genera con los datos que compartimos y vamos alimentando dentro de los medios (2.0). Sea cual sea la identidad que se utilice, para crearla se ha tenido que proporcionar a la empresa, por tanto, hacer públicos, una serie de datos personales, entendiendo por tales "toda información sobre una persona física identificada o identificable"[587], por lo que la identidad digital queda englobada dentro del concepto de datos personales y va a plantear no pocos retos tecnológicos y jurídicos que hay que abordar y solucionar.

Así, trasladando lo anterior al funcionamiento de las redes sucede que los menores para acceder a las tecnologías y, en concreto a las redes sociales, se tienen que registrar creando o dando de alta una identidad digital. Este registro es el primer momento y crucial para el *iter* de sus derechos en la red. Es el primer paso que tienen que dar para conectarse y de lo que hagan o no hagan dependerá la seguridad y protección de sus bienes jurídicos y todo lo derivado de la gestión de su identidad electrónica, recordemos ya en este punto que, en caso de mayores de catorce años éstos se pueden registrar libremente sin autorización paterna, no pudiendo hacerlo sin dicho consentimiento si no han alcanzado esa edad, si bien, unos y otros siguen siendo, menores de edad[588].

---

[587] Seguimos la definición introducida en la Directiva 95/46/CE.

[588] La Constitución Española establece la mayoría de edad en los dieciocho años. El art. 12 reza así "Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años".

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

La voluntad de conectarse a las redes sociales supone la libertad de la persona que quiere darse de alta generando una identidad digital aparejada a su perfil. Dos elementos, la voluntad y la libertad o autonomía de la persona que nos llevan a hablar del necesario consentimiento para registrarse o darse de alta al tener que facilitar una serie de datos de carácter personal, que pueden ser más o menos sensibles, para que la empresa le permita acceder al servicio 2.0.

4. 1. Consentimiento de los menores con catorce años

En cuanto a los catorce años como edad a partir de la cual pueden prestar su consentimiento válidamente, señalar que la Agencia Española de Protección de Datos Personales en Informe Jurídico del año 2000 al pronunciarse sobre el consentimiento otorgado por menores determinó válido el prestado por los mayores de catorce años para el tratamiento de sus datos personales y válida la referencia al respecto, a lo dispuesto en el art. 162.1º del Código Civil, que establece la posibilidad de interpretar las condiciones de madurez del menor. En este sentido, se les va a suponer la capacidad para ser usuarios de Internet y de programas informáticos, y que entenderán las cláusulas informativas donde se señala si se permite el acceso a menores de edad o a mayores de catorce años, es decir, que se les facilita información accesible en el momento del registro (cuando se recogen los datos personales) y tienen capacidad para prestar el consentimiento válidamente.

Estos menores sean mayores de catorce años o no lo sean disfrutan de un conjunto de derechos que requieren un análisis específico cuando se ejercitan en el contexto tecnológico, pues así lo aconseja ese principio jurídico que es "el interés del menor" que como bien jurídico protegido los erige en personas especialmente vulnerables atendiendo al elemento objetivo de la minoría de edad. Y, en este sentido, siguiendo con el pronunciamiento referido de la Agencia Española, ésta entendió que hay que atender a las circunstancias específicas de los menores, en el caso concreto las que rodean el alta del menor en la página web, señalando que el menor "se encuentra conectado a Internet un día laboral a horas intempestivas para un niño de su edad (diez y cuarto de la noche) y sin restricciones de ningún tipo ni vigilancia paterna ... por ello la facilitación de los datos del menor se debe en gran medida a un culpa in vigilando de los progenitores del mismo,

ISBN 978-84-694-0081-4

ya que el acceso a Internet ha demostrado ser libre, sin ningún tipo de filtro establecido por parte de los padres del menor".

Cuando se habla de Internet toda la problemática en materia de derechos se hace girar en torno al derecho de protección de datos personales si bien no está de más recordar que hay otros derechos en juego amén del anterior.

Ya queda señalado como los derechos de la personalidad, en el sentido más amplio, son susceptibles de lesión en el ámbito tecnológico, y que estos derechos pueden ser ejercitados por toda persona con independencia de su edad. No obstante, se plantea aquí una cuestión que nos parece de suma importancia para el estudio de los derechos en las redes sociales en particular y en cualquier otro ámbito en general, que es la referida a la posibilidad de que estos derechos inherentes a la dignidad de las personas puedan ser ejercitados por otras personas distintas de sus titulares. Es decir, puede un padre o una madre ejercitar los derechos de sus descendientes en aras de su protección jurídica y en cumplimiento de sus deberes constitucionales. Yo creo que la respuesta no puede ser otra que en si rotundo y además adjetivado en el sentido de posible y necesario[589].

Esta conclusión se fundamenta en la propia Constitución que declara la protección de todas las personas y sus derechos y coloca a la dignidad humana, los derechos y el libre desarrollo de la personalidad en la base de nuestro sistema. A mayores, las referencias a los menores de edad contenidas en los arts. 12 y 39 de la Carta Magna ponen de manifiesto la necesidad de un plus de protección para los que se encuentran en esta fase de minoría de edad, la patria potestad, la guarda o tutela o el papel que desempeña el Estado a través de los servicios de protección de menores o del Ministerio Público. Por tanto, lo que establece la Constitución no es más que el reconocimiento de este colectivo como especialmente vulnerable y necesitado de una especial protección

[589] En este sentido, nos remitimos a la STC 214/1991, de 11 de noviembre, sobre ataques xenófobos en la que se reconoce por parte del Tribunal Constitucional que la legitimación para proteger al derecho le corresponde a todo miembro de un grupo étnico o social cuando éste resulte ofendido.

ISBN 978-84-694-0081-4

4. 2. Derecho a la intimidad o vida privada

En primer lugar vamos a referirnos al derecho clásico a la intimidad o en su acepción más actualizada y que es más completa el derecho a la privacidad o vida privada. Las personas tenemos derecho a mantener bajo reserva aquellos aspectos de nuestra vida que no queremos que sean de conocimiento público. Por tanto, si no difundimos o participamos a terceras personas, públicas o privadas, determinadas informaciones sobre las que podemos disponer libremente, nadie tiene derecho a intervenir de forma que fuera para conocerlas. Así las cosas, ese conocimiento no autorizado por el titular del derecho constituye una intromisión que convierte en público algo que la persona afectada quería mantener en privado y que presupone la exigencia de responsabilidad para quien ha vulnerado o lesionado este derecho fundamental afectado.

Cuando el derecho de la intimidad corresponde a menores se ve más expuesto, pues no aprecian el bien jurídico protegido sobreexponiéndolo o consintiendo el conocimiento por terceros de aspectos íntimos o privados. Se podría decir que lo privado se hace público con autorización o consentimiento de la persona menor de edad que se expone a peligros conscientemente?. Se estaría disponiendo libremente? Del derecho con los posibles perjuicios que para su desarrollo integral pudieran derivar de ese conocimiento. Hasta qué punto es consciente y asume las posibles consecuencias un niño o una niña de trece años del envío de fotografías que podrán ser utilizadas en actitudes sensuales o provocativas o peor aún de desnudos (chantajes, extorsión, abusos sexuales o violaciones) a personas desconocidas o que simulan ser otras.

En este aspecto, entraría esa protección que para los derechos del menor tienen que ejercitar sus representantes, los progenitores o el Ministerio Fiscal. De hecho, en la misma Ley del Menor en su art. 4 se impone al Ministerio Fiscal la obligación de intervenir inmediatamente, solicitando las medidas cautelares que estime pertinentes para que cese ese acto, para que se abstengan de realizarlo y para que haya reparación de los daños causados, y esto aunque el acto se haya llevado a cabo con autorización de los progenitores o representantes del menor de edad. Por tanto, aún cuando el menor haya consentido o lo hayan hecho sus padres la Fiscalía puede intervenir invocando el interés superior del menor.

ISBN 978-84-694-0081-4

Ahora, la pregunta que nos planteamos es la que sigue, cómo puede articularse esta protección del menor llevada a cabo por el Ministerio Fiscal o por los padres que velan por el interés de sus descendientes, si no hay posibilidad de controlar sus relaciones electrónicas. ¿Sería conveniente y sería legal que las redes permitiesen el acceso de los padres al perfil de sus hijos?, ya no es el primer caso de padres que para poder vigilar y proteger a sus hijos se registran mintiendo en su edad y creando un perfil de menor para acceder a la red y contactar con sus hijos y sus contactos: caso del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid. ¿Hasta dónde se puede?.

Las redes sociales ofrecen unos canales de denuncia de contenidos para que se retiren fotografías o videos colgados en la red que suponen la vulneración de derechos de la personalidad de aquellos que no consintieron dicha publicación a la que tienen acceso incontables personas registradas. Estos sistemas de denuncia permiten retirar la foto o el video, controlar comentarios no validados o bloquear cuentas desde las que se insulta o se difunden comentarios inadecuados, pero para activarse requieren que haya denuncia que permitirá que el administrador bloquee y retire de los motores de búsqueda esos materiales que ya no se ofrecerán como resultado.

Y, como es lógico, están la vía judicial y la pertinente denuncia ante la Agencia española de Protección de Datos Personales.

4. 3. Derecho a la propia imagen

En cuanto al derecho a la propia imagen como otro de los derechos de la personalidad directamente afectados por las nuevas tecnologías decir que su protección no se puede ejercitar de forma eficaz. Esto se comprueba de forma evidente si pensamos en que es el derecho a controlar la representación y difusión de la imagen, de la voz y del nombre, así como su explotación comercial[590]. Por tanto, hablamos de un derecho fundamental autónomo, derivado de la dignidad y que se dirige a proteger el patrimonio moral de las personas, manteniendo una estrecha relación con otros dos derechos de la personalidad como son el honor y la intimidad, reconocidos

[590] Siguiendo el art. 7.6º de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, decir que el derecho a la imagen incluye no sólo la imagen propiamente dicha sino también el nombre, la voz y cualquier otro elemento que haga recognoscible a la persona.

ISBN 978-84-694-0081-4

igualmente en el art. 18.1º de la Constitución[591]. Este control que nos confiere la Constitución sobre la reproducción de nuestra imagen que no podrá ser utilizada sin nuestro consentimiento no equivale a un pretendido derecho al anonimato, sin duda imposible en una Sociedad de la Información, sino a mantener en secreto partes de nuestro físico o imagen que nos hagan identificables.

Pensemos en la difusión a través de medios electrónicos de nuestra imagen por parte de terceras personas sin nuestro consentimiento, cuántas imágenes habrá colgadas en redes sociales sin que lo sepamos y ya sin hablar de los usos de esas reproducciones.

Dentro de las vulneraciones de este derecho podríamos decir que pueden ser especialmente dolorosas las difusiones de imágenes de adolescentes menores por el daño moral que se les causa. En concreto, aquellas imágenes que se difunden en las redes sociales para hacer daño, abusar y martirizar a un niño o niña por su aspecto o por la simple razón de que fue la persona elegida para ser machacada. Estas conductas sumamente generalizadas a día de hoy lesionan los derechos fundamentales de las personas afectadas y van en contra de sus intereses jurídicamente protegidos.

4. 4. Protección de datos personales

Es éste sin duda el derecho protagonista cuando se habla de Internet y de las redes sociales en particular. En lo que respecta a este derecho hay que poner de manifiesto, en primer lugar, que por definición la red social ya supone hacer públicos los datos del usuario en su red de contactos. Por tanto, el primer paso para que estén protegidos es que la persona interesada se dote del mayor nivel de protección. Aún siendo conscientes de esta necesidad no siempre nuestros datos están convenientemente protegidos, siendo varias las razones: por un lado, no se respeta la normativa en vigor en materia de protección de datos en cuanto que aún estando exigida en los arts. 4 y 5 que las empresas suministren a los usuarios una información necesaria para protegerse, esto es, las políticas de privacidad que habrán de ser accesibles y fácilmente entendibles, esto no se cumple en la práctica, siendo más denunciable este incumplimiento en el momento de máximo

[591] En este sentido, STC 81/2001, FJ 2º.

ISBN 978-84-694-0081-4

peligro para los datos que coincide con el registro, sucediendo que las condiciones o bien no se leen o bien se leen pero no se comprenden fácilmente.

5. Problemas que surgen para nuestros derechos

Olvidando por un momento la cuestión de que nos registramos por qué así lo queremos en una red social, dando de alta nuestro perfil a través de la cesión de determinados datos qué nos piden y damos, otra cosa es si sabemos lo que hacemos o en otras palabras conocemos nuestros derechos y cómo protegerlos, puede ser que todas nuestras relaciones electrónicas en estas plataformas se desarrollen satisfactoriamente y no surjan contratiempos. Ahora bien, no siempre ocurre así y surgen problemas que requieren soluciones jurídicas pues se derivan responsabilidades legales por determinadas actuaciones.

Las situaciones que se pueden producir son muy variadas, algunas afectan al titular de la cuenta en cuanto son sus derechos los que resultan afectados y otras afectan a terceras personas cuyos bienes jurídicos se han puesto en juego. Las primeras derivan por una parte de la falta de conciencia por los propios usuarios que hacen públicos demasiados datos personales que quedan sobreexpuestos de forma voluntaria y, por consiguiente, desprotegidos ante la posibilidad de que sean recabados y tratados por terceros de forma ilícita. Además, en otras ocasiones el actuar en la red de forma irresponsable va a suponer que al registrarnos hayamos consentido una cesión plena e ilimitada de la explotación económica de nuestros bienes o que hayamos publicado informaciones personales sin autorización del titular de las mismas.

Si a esta falta de sensibilización y concienciación se le suma el incumplimiento de las normas por parte de las empresas del sector o la poca diligencia con la que actúan a la hora den verificar la edad de los usuarios o la prestación del consentimiento se juntan los ingredientes necesarios para confeccionar un autentico polvorín para los derechos que conforman la vida privada de las personas.

Desde que una persona se registra en una red y durante todas y cada de sus participaciones en la o las plataformas sociales va a estar en riesgo si no se rodea de todas las medidas de prevención posibles. El primer paso es

ISBN 978-84-694-0081-4

darse de alta registrándose como usuario generando un perfil o identidad digital. Y, es en este momento, cuando cada uno va a decidir sobre sus datos personales, en cuanto que informaciones va a hacer públicas y quiénes van a tener acceso a ellas. Por consiguiente, este momento va a resultar determinante y será un claro reflejo de la cultura de derechos y también formación tecnológica que tiene cada usuario, que le permitirá poder evaluar y valorar lo que está haciendo al ejercitar sus derechos.

El saber establecer adecuadamente el perfil de privacidad colocará en una situación más o menos segura a nuestros derechos. Es aquí, en lo atinente a la publicidad de los perfiles donde surge uno de los principales problemas, pues es aconsejable que se cambie el sistema siendo imperativo que en el momento de registrarse, si no se ofrece la posiblidad de configurar el grado de protección, éste automáticamente y por defecto quede registrado con la privacidad máxima y no al revés como sucede por norma general. En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos e INTECO concluyeron que el 43% de los usuarios de las redes tienen un perfil configurado de tal forma que cualquiera puede verlo siendo una cifra alarmante si pensamos en la edad de los usuarios que en su mayoría son menores de entre 14 a 16 años que dejan sus derechos individuales absolutamente desprotegidos y expuestos ante numerosos peligros agravados por su minoría de edad.

Por tanto, en aras de conseguir una mayor seguridad, los servicios de redes sociales deben garantizar el establecimiento de perfiles privados por defecto y siempre gratuitos, limitándose el acceso a los contactos elegidos y no a más. Si esto no ocurre y se puede acceder a ese perfil desde fuera de los contactos elegidos se están haciendo públicos los datos personales, pero esa publicación podría interpretarse como voluntaria o consentida desde el momento en que el titular cuando abrió su cuenta no se configuró con un perfil privado. Además, habría que solventar otra cuestión conflictiva, aquellos datos que se publican con fines de relación social o familiar, pero que, después, por falta de información o de cuidado de su titular se publican ilimitadamente, quedan si la protección legal de la “exención doméstica”.

Una vez que se ha llevado a cabo el registro en la red siguiendo las normas de autoprotección la cuenta está activada y podrá participar en la plataforma tantas veces como quiera, si bien, no deberá olvidar que cada paso que dé dejará una huella indeleble que va alimentando su identidad digital. Si esta persona menor de edad actúa responsablemente no deberá

ISBN 978-84-694-0081-4

tener grandes problemas, pues sabrá que si es menor de catorce años tuvo que contar con autorización para el tratamiento de sus datos, que no debe hacer públicos determinados contenidos y que debe limitar las informaciones que publica porque pierde el control absoluto sobre ellas y que además de los daños personales que pueda sufrir no es descartable que se produzcan daños colaterales.

El tercero de los momentos cruciales se produce cuando la persona usuaria decide causar baja en la plataforma y que se cancelen todas las informaciones publicadas hasta entonces, que se apague su yo digital. A veces la baja se produce por fallecimiento del titular de la cuenta, ¿qué pasa entonces?, y la baja la solicitan los familiares de esa persona. Facebook ha manifestado que la página de la persona fallecida se convierte en un espacio de homenaje, es un “muro privado”. My Space no borra la información y His las inhabilita. Pero ¿quién es el propietario de esas páginas y de los contenidos?, ahí está la respuesta. Facebook mantiene en sus políticas de uso que la cuenta se puede cerrar o se puede convertir en un espacio de homenaje porque se convierte en un lugar para recordar a esa personas, se eliminará de esa cuenta la información sensible y sólo podrán acceder al perfil aquéllas personas registradas como “sus amigos” sin permitirse nuevos accesos. My Space no borra el perfil a causa de la inactividad, es la familia la que tiene que solicitarlo y cada caso es evaluado. Hay un formulario de contacto a través del que se comunica el fallecimiento de la persona y la cuenta personal se modificará en el sentido de que no podrán darse contactos nuevos, cambia el nivel de privacidad al más alto en caso de no estar así registrado y los datos publicados sólo pueden ser vistos por amigos confirmados previamente.

Por tanto, perdemos o no la disposición sobre nuestros datos colgados en esas cuentas que son propiedad de la plataforma?.

Ahora bien, si es cierto que la respuesta del Derecho no es específica para los problemas que se plantean cuando los derechos se ejercen en un contexto tecnológico también lo es que en nuestras normas hay instrumentos de protección. En este sentido, para que las redes sociales quedan sometidas a la normativa española han de cumplir determinados requisitos que vienen exigidos en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico: que el prestador de servicios está en España, que si está fuera del Estado español ofrezca sus servicios desde un

establecimiento en España o que, si es extranjero y se aloja en servicios externos a la Unión Europea, dirija sus servicios al territorio español.

En caso de cumplimentarse los citados requisitos las redes quedan bajo la aplicación de las siguientes normas:

- Ley 34/2002, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico y la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información
- Sobre Protección de Datos Personales, Ley Orgánica 15/1999 y el Real Decreto 1720/2007 y Ley 25/2997, sobre Conservación de Datos
- Sobre Intimidad, Honor y Propia Imagen, Ley Orgánica 1/1982
- Sobre protección de consumidores y usuarios el Real Decreto 1/2007 y la Ley 44/2006 sobre mejora de la protección
- Sobre Protección de Menores e Incapaces la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y la Ley 8/2002, de Medidas de Protección de Menores, Desamparados y de la Adopción y Regulación de la Atención Especial a los Adolescentes con conductas de Alto Riesgo Social.

Dicho lo anterior nos queda ver qué aplicación cabe y en qué supuestos concretos. Veremos posibles vulneraciones de derechos y la respuesta jurídica factible para cada supuesto.

Una radiografía de nuestra sociedad nos muestra que al menos el 70% de los escolares tienen conexión a Internet en caso y la mayoría reconocen que navegan a diario con fines lúdicos. Un 42,1% reconoce no tener restricciones ni normas impuestas por sus padres, siendo sólo un 25,4% el que afirma que les limitan el tiempo de conexión mientras que al 21,8% les marcan el momento del día en que pueden conectarse. Algo más de un 39,1% afirma que les restringen las páginas que pueden visitar y sólo un 14,5% las personas con las que pueden comunicarse en la red. Un 65% se conecta a Internet varias veces por semana para comunicarse con sus amistades, el 57% para descargar música, películas o juegos y el 54% para buscar información. Si hablamos de tareas escolares el uso decrece, pues el

ISBN 978-84-694-0081-4

38,4% dice que usa la Red para documentarse y el 25% para hacer los deberes[592].

6. Conclusiones

A partir de esta radiografía cabe establecer las siguientes conclusiones:

- Los menores cuentan con un abanico de herramientas tecnológicas que les proporcionan innumerables ventajas, pero que han de aprender a gestionar su buen uso para evitar peligros.
- No siempre cuentan con la necesaria formación ni en cultura de seguridad personal ni en tecnologías, por lo que ni entienden que sea necesario autoprotegerse, ni detectan los peligros o no saben como reaccionar cuando se encuentran solos ante el peligro (ausencia de un entorno seguro, falta de adultos que los acompañen en su navegación y descubrimientos en internet).
- El control y la protección de los menores que la constitución establece como deber de padres y madres, forma parte del ejercicio de la patria potestad, no se ejerce o no se hace de la forma más adecuada, ya sea por desconocimiento, falta de tiempo, desidia, pero en gran medida por la existencia de una palpable brecha digital entre generaciones analógicas y virtuales.
- La sociedad en general, además de ejercer poco control sobre los menores, ha convertido en normal o cotidiano lo anormal o extraordinario. Por ejemplo, la violencia juvenil, el ciberacoso, el acoso a través del móvil o incluso el *sexting*, se han normalizado, pues no se perciben los comportamientos violentos, ilícitos, etc como tales[593]

---

[592] Estos datos han sido extraídos del Estudio realizado por la Universidad Abierta de Cataluña por encargo de la Fundación Telefónica, publicándose bajo el título "La integración de Internet en la educación escolar" habiéndose realizado a través de las encuestas realizadas en 2007 a 15.185 alumnos y alumnas de Primaria y Secundaria.

[593] Según los datos aportados por la ONG "Protégeles" el ciberacoso ha aumentando muchísimo, "hace un año y medio era el 1% de nuestras denuncias. Ahora es el 20%".

ISBN 978-84-694-0081-4

Ya que la intensa relación de los menores con Internet es indestructible y va a más hay que reconocer que existen ventajas y potencialidades, pero también ser conscientes de los numerosos riesgos. Por tanto, es necesario crear un entorno seguro y de confianza., pues en el mundo de las redes sociales hay una falsa imagen de privacidad o seguridad en materia de derechos. Así, creemos que sólo acceden a nuestras informaciones "amigo" pero están ahí "los amigos de un amigo". Al final, "tu muro" o "tu álbum de fotografías" que te lo presentan como privado, no lo es tanto, ya que a la mínima se ha convertido en un álbum público y totalmente accesible a terceras personas. Surgen así indeseables problemas para la protección y seguridad de nuestros datos personales o también para otros derechos esenciales dentro de nuestro patrimonio jurídico como el honor, la intimidad o la propia imagen.

El nivel actual de seguridad y privacidad en las redes es deficitario e insatisfactorio, por cuanto que las iniciativas abordadas y las medidas implantadas en el sector se inclinan por el factor económico y no por la protección de los derechos de las personas usuarias que en su inmensa mayoría, tal como corroboran los datos manejados, son menores de edad. Decimos esto sabiendo que en lo que respecta a la creación de espacios personales dos de cada diez menores de edades comprendidas entre doce y catorce años tienen página personal en Facebook, cuando la normativa de la propia red social lo prohíbe, o cuando sucede que el 39,6% de menores de trece años utilizan el Fotolog, igualmente prohibido según sus condiciones de uso[594].

Tal como ha sucedido a lo largo de la Historia sólo a través de la lucha constante por el reconocimiento de los derechos y su consolidación se consigue el respeto de las personas. En los último años la red social más universalizada como es Facebook ha mejorado su seguridad adoptando

---

Según los datos con lo que cuentan el 52% de las víctimas de ciberacoso tienen entre 13 y 14 años, y el 10% aún no ha cumplido loa 10, siendo el 60% del total niñas. En el 42% de los casos atendidos el acoso se produce casi a diario. Esta ONG para luchar contra estas prácticas facilitó una línea de denuncia internetsinacoso.es. Esta noticia ha sido recogida de www.elpais.com/artículo/sociedad, publicado el 10/02/2009 y consultado el 7/05/2009.

Abundando más en este aspecto, podemos recomendar las palabras de Parry Aftab, directora de la mayor red mundial de protección de la Infancia en Internet (*wiredsafety)* que concedió una entrevista al periódico *El País* publicada en www.elpais.com/artículo/red/Parry/Aftab/ciberacoso .

[594] Consultar a este respecto el Estudio de la Agencia Catalana de Consumo "jóvenes *on-line*".

ISBN 978-84-694-0081-4

nuevas medidas como la creación del "*Safety Center*" que es un centro de seguridad donde se adoptan consejos para proteger los perfiles. Se ofrece información sobre seguridad para padres, educadores, adolescentes y fuerzas del orden, es decir, educación y formación. A esta se le suman otras decisiones como la adoptada en diciembre de 2008 consistente crear un Consejo Asesor de Seguridad en materia de buenas prácticas o en febrero de 2010 para aumentar la edad mínima para compartir información en la plataforma que se fijó en catorce años para adaptarse a la legislación española superándose así la anterior de trece años a partir de la que se permitía registrarse a los menores.

Por tanto, si hay que incidir en las medidas que podemos adoptar como usuarios en cuanto iniciativas personales que se proponer. Hay que tener presente que cuando pensamos en situaciones de riesgo que pueden vivir los menores quizás no sean las mismas que ellos consideren como tales, las realidades no se aprecian del mismo modo, ni tampoco se reacciona de idéntica manera. En este sentido, va a resultar sumamente determinante la brecha digital, ya que, por ejemplo, cuando se le pregunta a los padres y madres sobre cómo reaccionarían sus hijos si se encuentran en una situación de riesgo responden que acudirían a ellos para solucionarlos, mientras que los menores responden que lo solucionarían ellos mismos.

Así, las recomendaciones que cabe proponer para un uso seguro, en la medida posible, y responsable de las redes, no han de ser exactamente las mismas para unos y otros, al percibir de forma distintas el fenómeno, si bien se concretan en las contenidas en la Guía elaborada por la Agencia Española de Protección de Datos para los usuarios de Internet:

- Aprender sobre configuración y uso.
- El perfil se ha de registrar con el mínimo de información, utilizando seudónimos o *nicks,* es decir, crear una "identidad digital".
- Vigilar los contenidos que publicamos.
- No etiquetar contenidos audiovisuales con identidad real ni ofrecer datos de terceros sin que tengamos su consentimiento.
- Revisar y leer las condiciones generales de uso y las políticas de privacidad cuando vamos a registrarnos.

ISBN 978-84-694-0081-4

- Conocer y ejercitar el derecho de acceso a nuestros datos, derecho de cancelación o mismo la cancelación de nuestra suscripción.
- Configurar el nivel de privacidad en el grado más alto posible.
- Aceptar sólo a las personas que ya conocemos en nuestra vida real con carácter previo.
- Utilizar un nombre distinto de usuario y diferentes contraseñas para entrar en distintas redes.
- Las contraseñas han de tener como mínimo ocho caracteres y tener instalado en el ordenador sistema antivirus.

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4